DER EINVERSTÄNDLICH VORGENOMMENE, SACHGERECHTE, ABER ERFOLGLOS GEBLIEBENE ÄRZTLICHE HEILEINGRIFF

Fritz Goller

1972

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41546017_0013

DER EINVERSTÄNDLICH VORGENOMMENE, SACHGERECHTE, ABER ERFOLGLOS GEBLIEBENE ÄRZTLICHE HEILEINGRIFF

Inaugural-Dissertation
zur Erlangung der Doktorwürde
einer Hohen Juristischen Fakultät
der Ludwig-Maximilians-Universität
zu München

vorgelegt von
Fritz Goller
1971

UNIV.
LEIDEN
BIBL.

Referent: Prof. Dr. jur. Reinhart Maurach
Korreferent: Prof. Dr. jur. Dr. med. h.c. Paul Bockelmann
Tag der mündlichen Prüfung:
22. Dezember 1972

DISSERTATIONS– UND FOTODRUCK FRANK oHG
8 München 2, Gabelsbergerstraße 15, Tel. 2 8 0 9 0 9 0

Inhaltsübersicht

	Seite
Einleitung	1
1. Kapitel: Themaabgrenzung	4
§ 1 Der Begriff des Heileingriffs	4
I. Eingriff und Behandlung	4
1.) Fälle einer Substanzverletzung	4
2.) Internistische Methoden	5
3.) Ergebnis	7
II. Heilzweck und Heiltendenz	9
1.) Begriffliche Abgrenzung	9
2.) Einzelfälle	14
§ 2 Der sachgemäß durchgeführte Eingriff	23
I. Die allgemein anerkannten Regeln	23
1.) Begriff	23
2.) Der Einfluß der Standesethik	25
3.) Die Relativität der lex artis	26
II. Die Sachgemäßheit bei Außenseitermethoden	28
1.) Medizinische Richtungsgegensätze	28
2.) Neue Heilmethoden	30
III. Sonstige Anforderungen an die Sachgemäßheit	32

Seite

§ 3 Der Fehlschlag des Eingriffs 34

I. Die Verschlechterung des Zustands 34

II. Heilung mit Nebenfolgen 36

III. Nichteintritt des Heilerfolgs 38

Ergebnis 39

2. Kapitel: Die Problemstellung nach geltendem und künftigem Recht 40

§ 1 Rechtliche Einordnung und Überblick über die Problemlage 40

I. Der Tatbestand der Körperverletzung oder Tötung 40

1.) Der objektive Tatbestand 40

a) Die einzelnen Tatbestandsmerkmale 41

b) Die Unterlassungsbetrachtung 46

c) Die Kausalitätsfrage 47

d) Das Fahrlässigkeitsproblem 48

2.) Der subjektive Tatbestand 50

II. Die Rechtswidrigkeit beim fehlgeschlagenen Eingriff 54

1.) Das Fahrlässigkeitsproblem 54

2.) Sonstige Rechtfertigungsgründe 56

III. Die Tatverantwortung 61

IV. Die Schuld 63

Ergebnis 63

Seite

§ 2 Die Behandlung des Problems in der Strafrechtsreform 65

I. Die Entwürfe von 1909 bis 1930 65

II. Die Entwürfe von 1960 und 1962 69

3. Kapitel: Die Behandlung des Problems in der Theorie und nach eigener Auffassung 73

§ 1 Historischer Rückblick 73

I. Behandlung im objektiven Tatbestand 73

1.) Der Gedanke der Körperinteressenverletzung 73

2.) Die Gesamtbetrachtung des Eingriffs 77

II. Behandlung im Rahmen der Rechtswidrigkeit 79

1.) Besondere Rechtfertigungsgründe 79

2.) Behandlung als Fahrlässigkeitsproblem 82

III. Zusammenfassung 86

§ 2 Der Streitstand heute 88

1. Abschnitt: Der fehlgeschlagene Heileingriff als Problem des objektiven Tatbestands 88

I. Die Körperinteressenverletzung 88

1.) Die Ausprägung des Gedankens in der Theorie 88

2.) Stellungnahme 93

a) Die Grenzen einer Tatbestandsauslegung 93

b) Systemkritik 97

Seite

II. Der fehlgeschlagene Heileingriff als Unterlassung 99

1.) Die Begründung in der Theorie 99

2.) Stellungnahme 103

a) Die verschiedenen Abgrenzungen von Tun und Unterlassen 103

b) Der eigene Standpunkt 106

III. Die Kausalität des sachgemäßen Eingriffs für den Erfolg 112

1.) Überblick über die Theorie 112

2.) Die Kausalität der Pflichtwidrigkeit 119

3.) Stellungnahme 120

IV. Zwischenergebnis 131

2. Abschnitt: Der Heileingriff als Fahrlässigkeitsproblem 132

1. Unterabschnitt: Der Inhalt der objektiven Sorgfaltsverletzung und das Verhältnis zur lex artis 132

I. Anforderungen der objektiven Sorgfaltspflicht 132

1.) Der Umfang der Generalisierung 133

2.) Die Relativität der Anforderungen 134

II. Die objektive Sorgfalt und die lex artis 136

1.) Sorgfaltseinhaltung bei kunstgerechtem Handeln 136

2.) Sorgfaltseinhaltung bei regelwidrigem Handeln 137

3.) Zusammenfassung 138

Seite

2. Unterabschnitt: Der Standort der objektiven Sorgfaltsverletzung 139

A. Die Einhaltung der objektiven Sorgfalt als Schuldausschließungsgrund 139

I. Die Begründung in der Theorie 139

II. Stellungnahme 145

1.) Die Notwendigkeit eines generellen Sorgfaltsmaßstabs 145

2.) Die Einordnung des generellen Maßstabs nach den wesentlichsten Schuldtheorien 147

3.) Ergebnis 150

Zusammenfassung 153

B. Die Einhaltung der erforderlichen Sorgfalt als Unrechtsausschließungsgrund 154

1. Teil: Die objektive Sorgfalt als Bestandteil des Tatbestands im engeren Sinn 154

I. Die Begründung in der Theorie 154

1.) Die Lehre Welzels 155

2.) Die weitere Ausgestaltung der Lehre 160

3.) Zusammenfassung 166

II. Der eigene Standpunkt 168

1.) Die Bedeutung des Handlungsunwerts nach der Struktur der Fahrlässigkeitsdelikte 168

a) Der Erfolg als Ansatz einer Bewertung 168

b) Die Sorgfaltspflichtverletzung als Handlungsunwert 169

c) Der Erfolg als Schwerpunkt des Fahrlässigkeitstatbestands 170

Seite

2.) Die Bedeutung des Handlungsunwerts nach dem Inhalt der Norm 174

a) Die Norm als Bestimmung und Bewertung 174

b) Der Inhalt einer Bestimmung 177

3.) Die Bedeutung des Rechtsstaatsprinzips 178

a) Die Unbestimmtheit der Handlungsqualität 179

b) Der Vergleich mit dem unechten Unterlassungsdelikt 180

4.) Der Vergleich mit der Vorsatztat 181

Ergebnis 182

2. Teil: Die Einhaltung der objektiven Sorgfalt als Frage der Rechtswidrigkeit 183

I. Die Begründung in der Theorie 184

II. Stellungnahme 189

1.) Die Indizwirkung des Tatbestands 189

a) Allgemeines 189

b) Die Indizwirkung des Fahrlässigkeitstatbestands 190

2.) Die Einhaltung der objektiven Sorgfalt als Erlaubnissatz 192

a) Die objektive Sorgfalt als Handlungsqualität und nicht Handlungsrecht 192

b) Die soziale Nützlichkeit als Rechtfertigung nur für die Gefährdung 193

c) Die Generalklausel als Rechtfertigung 197

Seite

3.) Ergebnis und Ausblick 198

C. Die Einhaltung der erforderlichen Sorgfalt als Frage der Tatverantwortung 201

I. Der Inhalt der Lehre 201

1.) Die Kritik am "komplexen" Schuldbegriff 201

2.) Die Lehre der Zurechenbarkeit im allgemeinen 202

3.) Die Zurechenbarkeit beim fahrlässigen Delikt 204

II. Stellungnahme 205

1.) Die systematische Einordnung 205

2.) Die Praktikabilität der Lösung beim Heileingriff 207

D. Ergebnis

3. Abschnitt: Die Rechtfertigung des fehlgeschlagenen Heileingriffs im besonderen 210

I. Die Einwilligung 210

1.) Der Anwendungsbereich 210

2.) Die Anforderungen an die Gültigkeit einer Einwilligung 212

3.) Die mutmaßliche Einwilligung 219

4.) Ergebnis 221

II. Das erlaubte Risiko als eigenständiger Rechtfertigungsgrund 222

1.) Begriff und Anwendungsbereich des erlaubten Risikos 222

2.) Die Begründung der Lehre 224

Seite

3.) Stellungnahme 226
a) Die Werthaftigkeit der Handlung 226
b) Die Interessenabwägung 227
c) Die Relation zum Erfolg 231

4.) Ergebnis

III. Die Lehre von der sozialen Adäquanz 234

1.) Begriff und Anwendungsbereich der Lehre 234
2.) Das Verhältnis zum erlaubten Risiko 235
3.) Die Bedeutung der Lehre 235

IV. Der Rechtfertigungsgrund des verkehrsrichtigen Verhaltens 237

4. Abschnitt: Ergebnis und Schlußfolgerungen 238

Literaturverzeichnis

ALTERNATIVENTWURF EINES STRAFGESETZBUCHES	Besonderer Teil, vorgelegt von BAUMANN u.a., Tübingen 1968
ANDROULAKIS Nikolaos K.	Studien zur Problematik der unechten Unterlassungsdelikte, München 1963 (zit. Unterlassungsdelikte)
BAR Ludwig von	Die Lehre vom Causalzusammenhange im Rechte, besonders im Strafrechte, Leipzig 1871
BAR Ludwig von	Zur Frage der strafrechtlichen Verantwortlichkeit des Arztes, GS, Band LX (1902), S. 84 ff
BAUER Karl Heinrich	Zur ärztlichen Aufklärungspflicht aus der Erfahrung eines Chirurgen, in: Offene Fragen zwischen Ärzten und Juristen, Studien und Berichte der Katholischen Akademie in Bayern, Heft 20 (1963)
BAUMANN Jürgen	Strafrecht, Allgemeiner Teil, 5. Auflage, Bielefeld 1968 (zit. AT)
BAUMANN Jürgen	Die Rechtswidrigkeit der fahrlässigen Handlung, MDR 1957, 646 ff
BEHR Albert	Medizin und Strafrecht, GS 62 (1903), 400 ff

BELING Ernst	Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Arztes bei Vornahme und Unterlassung operativer Eingriffe, ZStW 44 (1924), 220 ff
BERG Steffen	Grundriß der gerichtlichen Medizin, 6. Auflage, München 1964
BINDING Karl	Handbuch des Strafrechts, Band I, 1885 (zit. Handb. I)
BINDING Karl	Lehrbuch des gemeinen Strafrechts, Besonderer Teil, 1902, Band I (zit. LB)
BINDING Karl	Die Normen und ihre Übertretung, Band IV, Leipzig 1919 (zit. Normen)
BÖHM Alexander	Methodische Probleme der Gleichstellung des Unterlassens mit der Begehung, JuS 1961, 177
BOCKELMANN Paul	Operativer Eingriff und Einwilligung des Verletzten, JZ 1962, 525 ff
BOCKELMANN Paul	Strafrecht des Arztes, Stuttgart 1968 (zit. Strafrecht des Arztes)
BOENNECKE Willi	Schließt das verkehrsrichtige Verhalten des Verkehrsteilnehmers die Rechtswidrigkeit aus? NJW 1960, 1188 ff
BOHNE Gotthold u.a.	Forensische Zahnheilkunde, München 1956

BOLDT Gottfried	Zur Struktur der Fahrlässigkeitstat, ZStW 68 (1956), 335 ff
BROCKMANN Arthur	Neue Versuche zum Problem der strafrechtlichen Verantwortlichkeit des Arztes für operative Eingriffe, ZStW 24 (1904), 657 ff
CLASS Wilhelm	Generalklauseln im Strafrecht, Festschrift für Eberhard Schmidt zum 70. Geburtstag, Göttingen 1961
DAHM Georg	Bemerkungen zum Unterlassungsproblem, ZStW 59, 133
DEUTSCH Erwin	Fahrlässigkeit und erforderliche Sorgfalt, eine privatrechtliche Untersuchung, Köln 1963
DIETRICH H.	Die Straflosigkeit ärztlicher Eingriffe, Fulda 1896
DOHNA Alexander Graf zu	Zum neuesten Stand der Schuldlehre, ZStW 32, 323 ff
DOHNA Alexander Graf zu	Recht und Irrtum, Mannheim 1925 (zit. Recht und Irrtum)
DREHER Eduard	Strafgesetzbuch, 32. Auflage, München 1970
DUNZ W.	Das verkehrsrichtige Verhalten, NJW 1960, 507
EBERMAYER Ludwig	Arzt und Patient in der Rechtssprechung, Berlin 1925
EBERMAYER Ludwig	Der Arzt im Recht, Leipzig 1930 (zit. Der Arzt im Recht)
ENGISCH Karl	Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht, Berlin 1930 (zit. Untersuchungen)

ENGISCH Karl — Die Kausalität als Merkmal der strafrechtlichen Tatbestände, in: Beiträge zur Strafrechtswissenschaft, NF 1, Tübingen 1931 (zit. Kausalität)

ENGISCH Karl — Ärztlicher Eingriff zu Heilzwecken und Einwilligung, ZStW 58 (1939), 5 ff

ENGISCH Karl — Die rechtliche Bedeutung der ärztlichen Operation, in: R. STICH und K.H. BAUER, Fehler und Gefahren bei chirurgischen Operationen, 3. Auflage, Band II, Jena 1954 (zit. Operation)

ENGISCH Karl — Der Unrechtstatbestand im Strafrecht, in: Hundert Jahre deutsches Rechtsleben, Festschrift zum hundertjährigen Bestehen des Deutschen Juristentages, Band I, Karlsruhe 1960 (zit. Unrechtstatbestand)

ENGISCH Karl — Arzt und Patient in der Gegenwart, Monatsschrift für Kinderheilkunde 114 (1966), 135 ff (zit. Kinderheilkunde)

ENGISCH-HALLERMANN — Die ärztliche Aufklärungspflicht aus rechtlicher und ärztlicher Sicht, München 1970 (zit. Aufklärungspflicht)

ENTWURF EINES STRAFGESETZBUCHES — Entwurf 1960 mit Begründung, Bundestagsdrucksache 2150 (zit. E 1960)
Entwurf 1962 (zit. E 1962)

EXNER Franz — Das Wesen der Fahrlässigkeit, Leipzig 1910

FINGER Augustin — Chirurgische Operation und ärztliche Behandlung, ZStW 20 (1900), 12 ff

FRANK Reinhard — Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 18. Auflage, Tübingen 1931

GALLAS Wilhelm — Zum gegenwärtigen Stand der Lehre vom Verbrechen, ZStW 67 (1955), 21

GEBAUER Heinrich — Zur Frage der Unzulässigkeit ärztlicher Experimente unter besonderer Berücksichtigung der für die Heilbehandlung entwikkelten Grundsätze, Wien 1949 (zit. ärztliche Experimente)

GÖBBELS Hans — Die Duldung ärztlicher Eingriffe als Pflicht, Stuttgart 1950 (zit. Duldung)

GOLDHAHN R. - HARTMANN W. — Chirurgie und Recht, Stuttgart 1937

GRÜNWALD Gerald — Heilbehandlung und ärztliche Aufklärungspflicht, in: Arzt und Recht, medizinisch-juristische Grenzprobleme unserer Zeit, Herausgegeben von Hans GÖPPINGER, München 1966 (zit. Heilbehandlung)

GUTACHTEN UND STELLUNGNAHMEN ZU FRAGEN DER STRAFRECHTSREFORM MIT ÄRZTLICHEM EINSCHLAG	Bonn 1958 (zit. Gutachten)
HAHN G.	Untersuchungen über die rechtliche Natur ärztlicher Eingriffe, Strafrechtliche Abhandlungen Nr. 247 (1928), (zit. Untersuchungen)
HARDWIG Werner	Betrachtungen zur Frage des Heileingriffs, GA 1965, 161 ff
HEIMBERGER Josef	Strafrecht und Medizin, München 1899
HEIMBERGER Josef	Arzt und Strafrecht, in: Festgabe für Reinhard von FRANK zum 70. Geburtstag, Band I, Tübingen 1930
HESS Anton	Ehre und die Beleidigung des § 185 StGB, Hamburg 1891
HIPPEL Robert von	Vorsatz, Fahrlässigkeit, Irrtum, in: Vergleichende Darstellungen des deutschen und ausländischen Strafrechts, Allgemeiner Teil, Band 3, Berlin 1908 (zit. VDA III)
HIPPEL Robert von	Deutsches Strafrecht, Band I, 1925, Band II, 1930 (zit. Strafrecht I und II)
HIRSCH Hans Joachim	Soziale Adäquanz und Unrechtslehre, ZStW 74 (1962), 78 ff
HIRSCH Hans Joachim	Hauptprobleme einer Reform der Delikte gegen die körperliche Unversehrtheit ZStW 83 (1971), 140 ff (s.a. LK 9. Aufl.)

JESCHEK Hans-Heinrich	Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, Berlin 1969 (zit. AT)
KAHL Wilhelm	Der Arzt im Strafrecht, ZStW 29 (1909), 369 ff
KAUFMANN Arthur	Die Bedeutung hypothetischer Erfolgsursachen im Strafrecht, in: Festschrift für Eb. Schmidt zum 70. Geburtstag, Göttingen 1961
KAUFMANN Arthur	Schuld und Strafe, Studien zur Strafrechtsdogmatik, Köln 1966 (zit. Schuld und Strafe)
KIENAPFEL Diethelm	Das erlaubte Risiko im Strafrecht, in: Wissenschaft der Gegenwart, Heft 32, Frankfurt 1966
KLUG Ulrich	Sozialkongruenz und Sozialadäquanz im Strafrechtssystem, in: Festschrift für Eb. Schmidt zum 70. Geburtstag, Göttingen 1961
KÖNIG-KÖSTLIN	Haftpflicht des Arztes, Leipzig 1937
KOHLHAAS Max	Medizin und Recht, München 1969
KOHLRAUSCH-LANGE	Strafgesetzbuch, 43. Auflage, Berlin 1961
KUHNS Richard	Das gesamte Recht der Heilberufe, Berlin 1958 (zit. Heilberufe)

LEIPZIGER KOMMENTAR ZUM STRAFGESETZBUCH	Herausgegeben von H. JAGUSCH, E. METZGER, A. SCHAEFER und W. WERNER, 8. Aufl., 1. Band, Berlin 1957, 2. Band, Berlin 1958 (zit. LK), 9. Aufl. ab 1970, herausgegeben von P. BALDUS und G. WILLMS (zit. LK 9. Aufl.); zitiert ist, soweit nichts anderes vermerkt, die 8. Aufl.
LENCKNER Theodor	Wertausfüllungsbedürftige Begriffe im Strafrecht und der Satz "nullum crimen sine lege", JuS 1968, 249 ff
LIERTZ W. und PAFFRATH H.	Handbuch des Arztrechts, Düsseldorf 1938
LILIENTHAL Karl von	Die pflichtmäßige ärztliche Behandlung und das Strafrecht, in: Festgabe für BEKKER, Berlin 1899 (zit. nach ZStW 20, S. 440 ff)
LISZT-SCHMIDT von	Lehrbuch des deutschen Strafrechts, Band I, Allgemeiner Teil, 26. Aufl., 1932 (zit. AT), Band II, Besonderer Teil, 25. Aufl., 1927 (zit. BT)
LÖFFLER Alexander	Die Körperverletzung, in: Vergleichende Darstellungen des deutschen und ausländischen Strafrechts, Besonderer Teil, Band 5 (1905), (zit. VDB V)
LOEWE Walter	Rechtliche Gleichwertigkeit der Therapien, Dissertation, München 1960
MAIHOFER Werner	Zur Systematik der Fahrlässigkeit, ZStW 70, 159 ff

MAIHOFER Werner	Der Unrechtsvorwurf, in: Festschrift für Theodor RITTLER zum 80. Geburtstag, Aalen 1957
MAURACH Reinhart	Strafgesetzbuch, Allgemeiner Teil, 4. Auflage, Karlsruhe 1965 (zit. AT)
MAURACH Reinhart	Strafgesetzbuch, Besonderer Teil, 5. Auflage, Karlsruhe 1969 (Nachtrag 1970), (zit. BT)
MAURACH Reinhart	Schuld und Verantwortung im Strafrecht, Wolfenbüttel 1948 (zit. Schuld)
MAURACH Reinhart	Adäquanz der Verursachung oder der Fahrlässigkeit, GA 1960, 97 ff
MAURACH Reinhart	Zum heutigen Stand der Meinungen über die strafrechtliche Beurteilung ärztlicher Heileingriffe, Zeitschrift für das gesamte Arztrecht, II, 1952, 135 ff (zit. Heileingriffe)
MAY Erich	Das verkehrsrichtige Verhalten als Rechtfertigungsgrund, NJW 1958, 1362
MAYER Hellmuth	Strafrecht, Allgemeiner Teil, Stuttgart 1953 (zit. AT)
MAYER Hellmuth	Strafrecht, Allgemeiner Teil, Studienbuch, Stuttgart 1967 (zit. StuB)

MECKEL Fritz	Die strafrechtliche Haftung für riskante Verhaltensweisen, Dissertation, Gießen 1968
MEZGER Edmund	Strafrecht, ein Lehrbuch, 3. Auflage 1949 (zit. LB)
MEZGER Edmund	Strafrecht, Allgemeiner Teil, 9. Auflage, München 1960 (zit. StuB I)
MEZGER - BLEI	Strafrecht, Allgemeiner Teil, 14. Auflage, München 1970 (zit. StuB I)
MEZGER - BLEI	Strafrecht, Besonderer Teil, 9. Auflage, München 1966 (zit. StuB II)
MÖLLER Max Ludwig	Die Bedeutung des Kausalzusammenhangs im Straf- und Schadenersatzrecht, Tübingen 1912
MONZBERG	Verhalten und Erfolg als Grundlagen der Rechtswidrigkeit und Haftung, Frankfurt a.M. 1966
NAGLER Johannes	Die Problematik der Begehung durch Unterlassen, GS 111, 1 ff
NIEDERSCHRIFTEN	über die Sitzungen der großen Strafrechtskommission, Band VII, Bonn 1959, mit Beiträgen von Eb. SCHMIDT (S. 127), KOFFKA (S. 128), GALLAS (S. 129), SCHWALM (S. 129) und BOCKELMANN (S. 191)
NIESE Werner	Finalität, Vorsatz und Fahrlässigkeit, in: Recht und Staat in Geschichte und Gegenwart, Heft 156/157, Tübingen 1951

NIESE Werner	Ein Beitrag zur Lehre vom ärztlichen Heileingriff, in: Festschrift für Eb. Schmidt zum 70. Geburtstag, Göttingen 1961
NOLL Peter	Tatbestand und Rechtswidrigkeit: Die Wertabwägung als Prinzip des Strafrechts, ZStW 77, 1 ff
NOWAKOWSKI Friedrich	Zu Welzels Lehre von der Fahrlässigkeit, JZ 1958, 390
OEHLER Dietrich	Das objektive Zweckmoment in der rechtswidrigen Handlung, in: Berliner Juristische Abhandlungen, Band 1, Berlin 1959 (zit. Zweckmoment)
OEHLER Dietrich	Die erlaubte Gefahrsetzung und die Fahrlässigkeit, in: Festschrift für Eb. Schmidt zum 70. Geburtstag, Göttingen 1961
OPPENHEIM L.	Die rechtliche Beurteilung der ärztlichen Eingriffe, Zeitschrift für Schweizer Strafrecht, 6. Jahrgang, Bern 1893
OPPENHEIM L.	Das ärztliche Recht zu körperlichen Eingriffen an Kranken und Gesunden, Basel 1892
PALANDT	Bürgerliches Gesetzbuch, 30. Auflage, München 1970
PETTERS-PREISENDANZ	Strafgesetzbuch, 26. Auflage, Berlin 1970

PONSOLD Albert	Lehrbuch der gerichtlichen Medizin, 2. Auflage, Stuttgart 1957, 3. Auflage, Stuttgart 1967, mit Beiträgen von Eb. SCHMIDT (2. Auflage) und BOCKELMANN (3. Auflage)
REHBERG Jürg	Zur Lehre vom erlaubten Risiko, Dissertation, Zürich 1962
ROSENBERG Werner	Strafbare Heilungen, GS LXII (1903), 63 ff
ROXIN Claus	Offene Tatbestände und Rechtspflichtmerkmale, in: Hamburger Rechtsstudien, Heft 47, Hamburg 1959
ROXIN Claus	Pflichtwidrigkeit und Erfolg bei fahrlässigen Delikten, ZStW 74, 411 ff
SALM Karl	Das vollendete Verbrechen, 1. Teil: Ober Fahrlässigkeit und Kausalität, 1. Halbband: Der Tatbestand des fahrlässigen Erfolgsdelikts, Berlin 1963
SAUER Wilhelm	Allgemeine Strafrechtslehre, 3. Auflage, Köln 1955 (zit. AT)
SCHAFFSTEIN Friedrich	Soziale Adäquanz und Tatbestandslehre, ZStW 72 (1960), 369 ff
SCHÄFER - von DOHNANYI	Die Strafgesetzgebung der Jahre 1931-1935, Nachtrag zu FRANK, Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich

SCHMIDT Eberhard	Das Reichsgericht und der übergesetzliche Notstand, ZStW 49 (1929), 394 ff
SCHMIDT Eberhard	Der Arzt im Strafrecht, in: Leipziger rechtswissenschaftliche Studien, Heft 116, Leipzig 1939 (s.a. bei Ponsold)
SCHMIDT Eberhard	Die ärztliche Aufklärungspflicht in der Strafrechtsreform, s. Verhandlungen des 44. Deutschen Juristentages
SCHMIDT Richard	Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Arztes für verletzende Eingriffe, Jena 1900
SCHÖNKE - SCHRÖDER	Strafgesetzbuch, 15. Auflage, München 1970
SPANN Wolfgang	Ärztliche Rechts- und Standeskunde, München 1962
SPENDEL Günter	Zur Unterscheidung von Tun und Unterlassen, in: Festschrift für Eb. Schmidt zum 70. Geburtstag, Göttingen 1961
STOLL Hans	Zum Rechtfertigungsgrund des verkehrsrichtigen Verhaltens, JZ 1958, 137
STOOSS Karl	Operation, Eingriff und Körperverletzung, Zeitschrift für Schweizer Strafrecht, 6. Jahrgang, Bern 1893

STOOSS Carl	Chirurgische Operation und ärztliche Behandlung, Berlin 1898 (zit. chirurgische Operation)
STRATENWERTH Günter	Arbeitsteilung und ärztliche Sorgfaltspflicht, in: Festschrift für Eb. Schmidt zum 70. Geburtstag, Göttingen 1961
THIERSCH Friedrich	Beiträge zur ärztlichen Rechtskunde, Gießen, 1950
TORP Carl	Die Lehre von der rechtswidrigen Handlung in der nordischen Rechtswissenschaft, ZStW 23, 84 ff
ULSENHEIMER Klaus	Das Verhältnis von Pflichtwidrigkeit und Erfolg bei den Fahrlässigkeitsdelikten, in: Bonner rechtswissenschaftliche Abhandlungen, Band 65, Bonn 1965
VERHANDLUNGEN	des 44. Deutschen Juristentages, Hannover 1962
WACH	Legislative Technik; Vergleichende Darstellungen des deutschen und ausländischen Strafrechts, Allgemeiner Teil, Band VI, Berlin 1908 (zit. VDA VI)
WEIMAR Robert	Der Rechtfertigungsgrund des verkehrsrichtigen Verhaltens, JuS 62, 133
WELZEL Hans	Das Deutsche Strafrecht, 1. Auflage, Berlin 1947 5. Auflage, Berlin 1956 7. Auflage, Berlin 1960 11.Auflage, Berlin 1969

WELZEL Hans	Fahrlässigkeit und Verkehrsdelikte, Karlsruhe 1961
WELZEL Hans	Das neue Bild des Strafrechtssystems, in: Göttinger rechtswissenschaftliche Studien, Heft 1, Göttingen 1951 (zit. Neues Bild)
WELZEL Hans	Studien zum System des Strafrechts, ZStW 58 (1939), 491 ff
WIETHÖLTER Rudolf	Der Rechtfertigungsgrund des verkehrsrichtigen Verhaltens, Karlsruhe 1960
WIMMER August	Das Zufallsproblem beim fahrlässigen Verletzungsdelikt, NJW 1958, 521 ff (zit. Zufallsproblem)
WIMMER August	Die Fahrlässigkeit beim Verletzungsdelikt, ZStW 70, 196 ff
WIMMER August	Ambivalenz der verkehrsrichtigen Gefahrhandlung, ZStW 75, 420 ff
WORTENBERGER Thomas	Vom Rechtsstaatsgedanken in der Lehre der strafrechtlichen Rechtswidrigkeit, in: Festschrift für Theodor RITTER, Aalen 1957

Die Zitierweise ist nur angegeben, soweit sie nicht aus sich selbst heraus verständlich ist.

Die verwendeten Abkürzungen sind die allgemein üblichen; zitierte Entscheidungen sind, soweit nichts Abweichendes vermerkt ist, solche von Strafgerichten, angegebene Paragraphen solche des StGB.

Einleitung

Das Verhältnis der beiden alten Kulturberufe Arzt und Richter ist nicht immer frei von Spannungen und Mißverständnissen gewesen und ist es auch heute nicht. Auf beiden Seiten besteht die Gefahr der Einseitigkeit der Standpunkte, die sich jeweils auf das Bewußtsein stützen können, Macht und Verantwortung für das Wohl und Wehe von Menschen zu haben. Der Arzt ist aus dieser Verantwortung und Verpflichtung für seinen Patienten heraus geneigt, die Überwachung seiner Tätigkeit durch das Recht als lästige Formalität zu empfinden, die seine Bemühungen durch praxisferne Beurteilung vom Schreibtisch her behindert. Obwohl freilich klar ist, daß auch das ärztliche Handeln - wie jeder andere Beruf auch - unter dem Recht steht, ist der Jurist andererseits der Gefahr ausgesetzt, in der konstruktiven Isoliertheit des Rechts die Verantwortlichkeit und Vielschichtigkeit einer Heiltätigkeit zu verkennen. Als Angehöriger eines fremden Berufes kann er die Situationen und Konflikte, in die der Arzt gestellt ist, nicht unmittelbar erleben; es fällt ihm schwer, eine Tätigkeit zu beurteilen, die sich in ihrem Erfolg oder Mißerfolg, in ihrer Sachgemäßheit oder Fehlerhaftigkeit nicht so leicht in die Körperverletzungs- oder Tötungstatbestände einfügen läßt, wie er das bei anderen Verletzungshandlungen zu tun gewohnt ist.

Die Schwierigkeiten im gegenseitigen Verstehen liegen auch darin, daß beide Wissenschaften nicht statisch ruhen, sondern in ständiger Fortentwicklung begriffen sind. Die Medizin entwickelt Behandlungsmethoden, die früher undenkbar waren; andererseits erweisen sich althergebrachte Verfahren als wirkungslos oder gar schädlich. Diese dauernde Weiterentwicklung bringt es auch mit sich, daß eine anerkannte Behandlungsweise nie absolut richtig sein kann, daß vielmehr

dem Arzt meist mehrere gleichgute, vertretbare oder noch vertretbare Wege offenstehen, über deren Zweckmäßigkeit im Einzelfall die Lehrmeinungen auseinandergehen. Unter diesen Wegen den für den Patienten günstigsten zu suchen und zu erkennen, ist eine schwere und verantwortungsreiche Entscheidung, in der sich der Arzt nicht durch Furcht vor dem Richter behindern lassen sollte.

Andererseits muß er sich dazu bekennen, die Gebote des Rechts ernstzunehmen und sie in ihrer Notwendigkeit und Eigengesetzlichkeit anzuerkennen. Auch das Strafrecht ist ein Wissenschaftszweig mit eigenen Regeln, die im Interesse des gesamten Systems nie ganz den Bedürfnissen eines anderen Berufes gerecht werden können. Auch das Strafrecht ist wie die Medizin kein unwandelbares System, sondern ebenso wie diese von Fortentwicklungen und Richtungsgegensätzen betroffen. So hat sich das Verständnis von Tatbestand, Rechtswidrigkeit und Schuld gerade bei Fahrlässigkeitsdelikten stark gewandelt und damit auch die Beurteilung von Heileingriffen beeinflußt.

Ein Musterbeispiel für die skizzierten gegenseitigen Schwierigkeiten ist der trotz sachgemäßer Durchführung mißglückte Eingriff. Hier treten zunächst all die Zweifelsfragen auf, die in der Medizin über Heilbehandlung oder Experiment, Gelingen oder Mißlingen, Kunstfehler oder Sachgerechtheit bestehen. Hier wird aber auch die Vielzahl von juristischen Problemen deutlich, die entstehen, wenn man dem das möglichste gebenden Arzt gerecht werden will, ohne das System des strafrechtlichen Deliktsaufbaus verlassen zu können. Hier zeigt sich endlich, daß sich auch im Strafrecht Wandlungen in der Dogmatik vollzogen haben, die der Beurteilung von Heileingriffen manche ungerechtfertigte Schärfe nehmen, ohne sie einem nicht zu vertretenden Sonderrecht oder der Geltung von Generalklauseln zu unterstellen.

Aufgabe der vorliegenden Arbeit ist es, die Möglichkeiten und Grenzen dieser Beurteilungsweisen für den fehlgeschlagenen Heileingriff aufzuzeigen; sie soll aus der Breite und Vielschichtigkeit der denkbaren, auf fast allen Bereichen des allgemeinen Strafrechts angesiedelten Lösungswege den für den Arzt befriedigenden, aber auch der Strafrechtsdogmatik gerecht werdenden herausarbeiten und damit einen Beitrag zum besseren Verständnis zwischen beiden Disziplinen leisten.

1. Kapitel: Themaabgrenzung

§ 1 Der Begriff des Heileingriffs

Eine juristische Bewertung fehlgeschlagener Heileingriffe bedarf zuerst einer klaren Umgrenzung des Bewertungsobjektes in medizinischer Hinsicht. Nicht jede ärztliche Bemühung ist eine Heiltätigkeit und nicht jeder mißglückte Eingriff ist eine schiefgelaufene Operation. Die strafrechtliche Beurteilung nach dem Thema dieser Arbeit darf sich also einerseits nicht auf Spezialgebiete verengen und andererseits keine Tätigkeiten einbeziehen, die - wie etwa das medizinische Experiment - mit der typischen Heiltätigkeit nichts zu tun haben. Den Umfang und die Grenze dieser Tätigkeit soll das vorliegende Kapitel bestimmen.

I.) Eingriff und Behandlung

1.) Fälle einer Substanzverletzung

Der Begriff des Heileingriffs ist vielschichtig. Herkömmlicherweise stellt man sich darunter eine von außen kommende Einwirkung auf die körperliche Substanz vor, die mit einem mehr oder weniger gewaltsamen Eindringen in den Körper verbunden ist. [1]) So eindeutig diese Begriffsbestimmung auf chirurgische Maßnahmen, insbesondere die "blutige" Operation zutrifft, so schwierig ist die Einordnung neuzeitlicher Methoden, wie es z.B. Elektroschock und Strahlenbehandlung sind. Naturwissenschaftlich gesehen stellen derartige

---

[1]) Engisch, ZStW 58,2;
Hahn, Untersuchungen, S. 1 ff

Bestrahlungen sicherlich ein Eindringen in die körperliche Substanz dar, wenn es auch mit dem Auge nicht zu erkennen ist.[1]) Das wird bei der Röntgenbestrahlung dann deutlich, wenn man sich die Schäden vor Augen hält, die durch Oberdosierung bei therapeutischer Bestrahlung, besonders mit nicht gefilterten, weichen Strahlen oder auch nach wiederholten kleinen Dosen entstehen.[2]) Eine so verursachte Röntgendermatitis steht in ihren Wirkungen einem mißlungenen Schnitt des Chirurgen in nichts nach. Eine Beschränkung des Begriffs "Eingriff" auf rein chirurgisches Handeln ist daher heute nicht mehr haltbar.[3])

Ist aber die Bestrahlung richtig dosiert oder wird sie mit harmloseren Mitteln durchgeführt, etwa mit Infrarotstrahlen zur Linderung rheumatischer Beschwerden, so fällt es schon schwerer, auch hier von einem Eindringen in die körperliche Substanz, also von einem Eingriff zu sprechen, mag es damit auch physikalisch seine Richtigkeit haben.

2. Internistische Methoden

Dehnt man aber den Begriff des Heileingriffs auf derartige Einwirkungen aus, so wird eine reinliche Scheidung zu internistisch durchgeführten Therapien, den sogenannten Behandlungen, undurchführbar.[4]) Die heutige innere Medizin wagt bei fortschreitendem Einblick in biologisches Geschehen und erweiterter technischer Beherrschung und Ausnutzung naturgegebener Kräft Vorstöße in Gebiete, die seither höchstens dem Chirurgen zugänglich waren.[5]) Soweit

---

[1]) Wegen dieser Durchdringung der Substanz nimmt Engisch bei Röntgenbehandlungen und sonstigen Bestrahlungen einen "Eingriff" an (Operation, S. 1324)

[2]) vgl. dazu Berg, gerichtliche Medizin, S. 147

[3]) Göbbels, Duldung, S. 5 ff

[4]) Dafür aber Engisch, Operation, S. 1324

[5]) Göbbels, S. 7 ff

interne Methoden physikalisch wirklich nicht mit einem Eindringen in die körperliche Substanz verbunden sind, halten sie in ihrer Wirkung hinter chirurgischen Maßnahmen jedenfalls nicht zurück.

Vielfach wird sich aber das Kriterium des Eindringens in die Substanz gar nicht als Unterscheidungsmerkmal verwenden lassen, da auch interne Maßnahmen - oft noch gar nicht erforschte - eingreifende Reaktionen und Substanzveränderungen herbeiführen können. Man wird daher neben der Röntgen- und Strahlenbehandlung[1]) sowie der Behandlung mit Ultraschall und elektrischen Wellen, die heute in einer Reihe von Indikationsgebieten schon das Messer des Chirurgen abgelöst haben, auch andere interne Verfahren als ärztliche "Eingriffe" werten können. So zB die moderne Fieberbehandlung der Paralyse, die Schocktherapie, oder eine eingreifende hormonale Therapie mit ihren nachgewiesenen sekundären Veränderungen des Temperaments und des Charakters, wo noch nicht restlos geklärt ist, inwieweit hier ein Substanzeingriff vorliegt. Extrem kann man auch eine psychotherapeutische Beeinflussung schwerer, das Dasein und die soziale Existenz des Kranken gefährdender seelischen Krankheiten oder die tiefe Hypnose, ja im weitesten Sinn eigentlich jede medikamentöse Behandlung als ärztlichen Eingriff ansehen.[2])

Meines Erachtens ist daher bei dem Stand der modernen Medizin eine Beschränkung von "Eingriffen" auf die Fälle der Substanzeindringung sachlich nicht gerechtfertigt und auch kaum durchführbar. Das gilt auch für eine Unterscheidung zwischen Operationen und sonstigen nicht-operativen

---

[1]) Die streng genommen "Eingriffe" sind, wenn man das Merkmal der "Substanddurchdringung" ernst nimmt.

[2]) Göbbels S. 7; vgl. a. Bohne S. 62 f

Behandlungsmaßnahmen. Hier treten im Grunde die gleichen Abgrenzungsschwierigkeiten auf, wie bei den Begriffen "Eingriff" und "Behandlung", sofern man auch für atypische Fälle eine saubere Abgrenzung sucht.[1])

3.) Ergebnis

Den vielfältigen Möglichkeiten ärztlichen Handelns wird man daher am ehesten gerecht, wenn man sie in einem Oberbegriff zusammenfaßt, den man "Heileingriff" nennen mag[2]), und darunter jede von außen auf das Gefüge oder die Funktion des menschlichen Körpers zur Einwirkung angesetzte medizinische Maßnahme versteht. Damit sind chirurgische Maßnahmen im engeren Sinn ebenso umfaßt wie medikamentöse Therapien. Diese weite Fassung des Eingriffsbegriffes erlaubt es, alle ärztlichen Handlungen mit Verletzungserfolg von vornherein einer einheitlichen juristischen Betrachtung zu unterwerfen, ohne eine medizinisch unsichere Aufgliederung der Behandlungsarten durchführen zu müssen. Eine in diesem Sinn praktikable, wenn auch nicht ganz übersichtliche Definition gibt Göbbels[3]). Er bezeichnet ärztliche Eingriffe "als zur Abwendung oder Bekämpfung eines regelwidrigen körperlichen oder geistigen Zustandes bedingte Behandlungsmaßnahmen, die, nach Erkenntnis und Übung der medizinischen Wissenschaft und Praxis, aufgrund individueller und/oder überindividueller im Interesse der Gesellschaft ausgerichteter medizinischer Indikation, in zielstrebigem Vorgehen von außen in die Integrität des menschlichen Körpers bzw.

---

[1]) Wie wenig ergiebig derartige Versuche sind, zeigt die Definition von Spann, der unter Operation jeden von einem Arzt zu Heilzwecken vorgenommenen Eingriff in den Körper eines anderen Menschen versteht und dazu Strahlenbehandlungen, das Anlegen von Gipsverbänden und jede Art von Narkose, nicht aber die Verabreichung von Medikamenten rechnet. (a.a.O. S. 122)

[2]) genau so gut aber "Heilbehandlung" heißen könnte.

[3]) a.a.O. S. 10

den Ablauf seines biologischen Geschehens für Zeit und Dauer erheblich und/oder nachhaltig einzugreifen geeignet sind."

Demgegenüber spricht der Strafrechtsentwurf von 1962 in § 161 von "Eingriffen und anderen Behandlungen", die unter bestimmten Voraussetzungen nicht als Körperverletzung strafbar sind. Er geht also vom Oberbegriff der Behandlungen aus, innerhalb derer er "Eingriffe" unterscheidet. Dies entspricht nicht ganz der hier befürworteten begrifflichen Gleichstellung, stellt aber die rechtliche Gleichbehandlung klar, worauf es letztlich allein ankommt. Im folgenden wird jedenfalls davon ausgegangen, daß zwischen Eingriffen und Behandlungen kein sachlicher Unterschied besteht[1]), und beide Begriffe daher gleichbedeutend verwendet werden können.[2])

---

[1]) Ebenso Loewe, S. 7

[2]) Soweit in der Arbeit daneben von "Operationen" gesprochen wird, geschieht es nur beispielhaft und aus sprachlichen Gründen.

II.) Heilzweck und Heiltendenz

1.) Begriffliche Abgrenzung

Mit der äußeren Beschreibung ärztlichen Handelns ist der Heileingriff nicht charakterisiert. Das entscheidende Moment, das den Arzt vom Messerstecher, Giftmischer oder Schläger abhebt, ist sein Heilwille und die objektive Eignung seines Handelns, eine Besserung des Gesundheitszustandes herbeizuführen[1]). Die Betonung des Heilzweckes ist es auch, was die Ärzteschaft an der juristischen Beurteilung ihrer Tätigkeit so vermißt, und was zur vielbeklagten Diskrepanz zwischen juristischem und medizinischem Denken geführt hat[2]).

a) Wenn man nun den Heileingriff auf seine Bestandteile hin analysiert, so stößt man als unverzichtbares Charakteristikum auf dieses subjektive Moment, auf die Heilabsicht. Darunter ist die Absicht zu verstehen, durch das ärztliche Handeln nach Möglichkeit dem Patienten das Leben zu erhalten und bei ihm das körperliche Wohl (Gesundheit) oder das körperliche Wohlbefinden (Freiheit von Schmerzen) oder das körperliche Wohlaussehen (Freiheit von Schönheitsfehlern) zu fördern[3]). Mit der Absicht der Lebensförderung ist auch die Abgrenzung zur Sektion vollzogen.

Die Heilabsicht des Arztes verlangt neben der "lebensfördernden" Zielsetzung aber auch einen konkreten Bezug auf den einzelnen Patienten; gerade auf die Heilung des vor

---

[1]) Der Heilwille des Arztes wurde schon von Heß (a.a.O. S. 54, Anm. 4) herausgestellt und als Straflosigkeitsgrund angenommen.

[2]) vgl. K. Bauer, S. 47

[3]) Engisch, Operation, S. 1324; Spann, S. 123

ihm liegenden Kranken muß sich der Heilwille richten und auch beschränken. Es mag zwar richtig sein, daß das moderne Arzttum "in seiner Indikationsstellung gleichzeitig und nicht minder dringlich nicht nur die ärztliche Fürsorge für den einzelnen Kranken, also das Individuum, sondern ebenso, von der überindividuellen Größe ausgehend, die Ausrichtung des ärztlichen Denkens und Handelns auf die Belange des Überindividuellen Gemeinschaftskörpers, des Volksganzen und der Gemeinschaft" verlangt.[1]) Es wäre aber verfehlt, deshalb "auch eine, das Einzelwesen in der Ausübung seiner natürlichen Funktionen hemmende ärztliche Handlung im überindividuellen Sinn" als lebensfördernd anzusprechen.[2]) Mit einer solchen, sich vom betroffenen Einzelmenschen lösenden Betrachtung wird die Grenze zum medizinischen Experiment[3]) und zu Transplantationen im fremden Interesse aufgegeben. Derartige Maßnahmen verdienen aber nicht die Bezeichnung "Heileingriff", sondern bedürfen einer eigenen strafrechtlichen Beurteilung.[4]) Deshalb kann auch die Sterilisierung aus eugenischen Gründen kein Heileingriff sein, mag sie auch ein positiver Akt im Sinne der überindividuellen Gemeinschaft sein.[5]) Ebenso sind alle Eingriffe, bei denen der Heilzweck von sekundärer Bedeutung ist und deutlich hinter anderen Erwägungen der Indikation zurücksteht, keine Heileingriffe; so zB die zum Schutz der Gemeinschaft gebotene Unfruchtbarmachung von Sexualverbrechern.[6])

---

[1]) Göbbels, a.a.O. S. 5

[2]) So Göbbels, a.a.O.

[3]) Dazu unten 2.)

[4]) vgl. Maurach BT § 8 II

[5]) Zur Strafbarkeit der Sterilisation vgl. Dreher § 226a, 3 B b

[6]) a.A. offenbar Göbbels, a.a.O., S. 10

Andererseits muß auch schon die Absicht mittelbarer Förderung der Gesundheit genügen. Viele Eingriffe dienen zwar nicht unmittelbar der Wiederherstellung des Patienten, sind aber notwendige Vorarbeiten dazu.[1]) Derartige Maßnahmen sind dann als Heileingriffe anzuerkennen, wenn sie nicht allgemein wissenschaftlichen Interessen dienen, sondern gerade zur Gesundung dieses konkreten Patienten nötig sind.

b) Neben dem Heilwillen setzt ein Heileingriff voraus, daß die vorgenommene Maßnahme auch ihrer Art nach geeignet ist, den Patienten zu heilen. Die beste Absicht nützt nichts, wenn sich ein Kurpfuscher mit untauglichen Mitteln an die Arbeit macht. Ein Eingriff zu Heilzwecken liegt daher nur vor, wenn zum subjektiven Heilwillen als objektives Moment die gesundheitsfördernde Tendenz hinzukommt.[2])

Diese verlangt vor allem persönliche und sachliche Befähigung des Eingreifenden. Bei absolut unzureichender Ausbildung oder unzulänglichem Instrumentarium kann eine Gesundheitsförderung von vornherein nicht erwartet werden. Bei Behandlungen durch Kurpfuscher und andere objektiv unfähige Personen kann man also das Vorliegen einer Heiltätigkeit verneinen, bevor zum ersten Messerschnitt angesetzt wird.[3])[4]) Verunglückt ein derartiger Eingriff, so stehen Tatbestand und Rechtswidrigkeit der Körperverletzung ausser Zweifel.

---

[1]) zB Narkosespritzen, Einfüllen von Kontrastmitteln, Blutentnahmen oder Röntgenaufnahmen

[2]) E. Schmidt, Arzt im Strafrecht S. 70 u. ZStW 49, 395; Spann, S. 123. Anders Engisch, der den Begriff des Heilzweckes nur subjektiv versteht (ZStW 58, 2)

[3]) Bei einem solchen "Heil"eingriff fehlt es natürlich zugleich an einer sachgerechten Durchführung - vgl. dazu unten, § 2

[4]) vgl. E. Schmidt a.a.O. S. 70 und Engisch ZStW 58, 2

Damit ist nicht gesagt, daß Heileingriffe nur von Ärzten vorgenommen werden könnten; es kommt nur auf die objektive Qualifikation an, die Heilpraktiker ebenso besitzen können, wie Personen, die überhaupt keine Befugnis zur Ausübung der Heilkunde haben[1]). Der Einfachheit halber soll aber im folgenden nur von ärztlichen Eingriffen die Rede sein, also von Eingriffen, die von Personen vorgenommen werden, die ein medizinisches Hochschulstudium abgeschlossen haben und die Approbation besitzen.

c) Außer subjektivem Heilwillen und objektiver Heiltendenz verlangt der Begriff des Heileingriffs noch ein drittes objektives Moment, seine Indikation. Heilen ist nicht Selbstzweck, bedeutet nicht Besserung um jeden Preis, sondern verlangt Bezug auf den Patienten und zwar auch auf seine subjektiven Vorstellungen und Wertungen. Der Eingriff muß daher einziges oder bestes Mittel sein, um Leben, Gesundheit, Wohlbefinden oder auch Wohlaussehen[2]) des Patienten zu erhalten oder herzustellen und er muß um deswillen in Kauf genommen werden dürfen[3]).

Die Indikation verlangt somit in der Regel eine Interessenabwägung. Jeder Eingriff ist zugleich risikoreich und mit Schmerzen verbunden, selbst wenn er im Endeffekt zur völligen Wiederherstellung des Kranken führt[4]). Ob ein Eingriff überwiegend im Interesse des Patienten liegt, ist objektiv nach den Regeln der ärztlichen Wissenschaft und des ärztlichen Standesethos zu beurteilen, richtet sich also nach technischen und moralischen Gesichtspunkten[5]).

---

[1]) Dazu Bockelmann, Strafrecht des Arztes, S. 1 ff
[2]) Dazu u. 2b
[3]) Engisch, Operation... S. 1325
[4]) vgl. Spann, a.a.O., S. 123
[5]) Engisch, a.a.O., S. 1326

So wäre zB eine lebensgefährliche Operation sittenwidrig und damit nicht indiziert, wenn sie nur eine unwesentliche Besserung der Gesundheit bezweckte.[1]) In diese moralische Wertung müssen auch die persönlichen Verhältnisse und Wünsche des Patienten eingehen und neben medizinischen Gesichtspunkten berücksichtigt werden. Nicht jeder Patient ist bereit, für eine medizinisch noch so lohnende Behandlung Schmerzen zu ertragen oder sich auch nur längere Zeit ans Bett fesseln zu lassen. Die Standesethik gebietet es hier dem Arzt, auch solche - vielleicht irrationale - Gründe bei der objektiven Beurteilung der Indikation abzuwägen. Diese Frage hat also nichts mit der Einwilligung des Patienten zu tun, die bei jedem Eingriff vorhanden sein muß.[2]) Es handelt sich um die Beurteilung des "Ob" der Operation, das der Arzt in eigener Verantwortung zuerst bejahen muß, um dem Patienten einen Eingriff vorzuschlagen. Eine zweite Frage ist es, ob der Kranke mit dem Ergebnis der ärztlichen Würdigung, der Indikation, einverstanden ist und einem Eingriff zustimmt.

Das Urteil über die Indikation kann nur ein solches ex ante sein. Man muß unter Zugrundelegung dessen, was dem Arzt im Augenblick der Operation bekannt oder bei bestem Willen und bester Einsicht erkennbar war, fragen und darüber urteilen, welche Chancen und Gefahren der Eingriff in sich trug. Nicht zufällige Folgen entscheiden.[3]) Der Ausgang kann nur ein Indiz dafür sein, was zu erwarten war. Umgekehrt wird der glückliche Ausgang eines Eingriffs eine anfangs vielleicht bedenkliche Operation auch als ex ante indiziert erscheinen lassen.

---

[1]) Schäfer-Dohnanyi, S. 47

[2]) Zur Sonderproblematik der eigenmächtigen Heilbehandlung vgl. Bockelmann, Strafrecht des Arztes, S. 50 ff und unten, 3. Abschn. I.)

[3]) Engisch, Operation, S. 1326

2. Einzelfälle

Ist somit der Heileingriff durch Heilwillen, Heiltendenz und Indikation begrifflich genügend gekennzeichnet, so gibt es doch Fälle, in denen eine Einordnung nicht auf Anhieb möglich ist.

a) Kosmetische Eingriffe sind ein derartiger Grenzfall. Maurach[1]) rechnet auch sie unter die Heilbehandlungen, wobei er auf die Flüssigkeit der Grenze zu den als Heileingriff anerkannten korrigierenden Behandlungen und auf die zunehmende Anerkennung dieses Wissenschaftszweiges hinweist. Auch Engisch zählt die Beseitigung von Schönheitsfehlern von seiner rein subjektiven Auffassung des Begriffs "Heilzweck" her zu den Heileingriffen[2]). Dagegen möchte die wohl herrschende Auffassung kosmetische Behandlungen nur ausnahmsweise als Heileingriffe anerkennen, wenn schwere, das Fortkommen hemmende Entstellungen [3]) bestehen. Schönke-Schröder erkennen sogar nur sogenannte Korrekturen wie zB die Trennung zusammengewachsener Finger oder die Operation eines Klumpfußes als Heilbehandlungen an.[4]) Auf derselben Linie liegt die Begründung zu § 161 des Entwurfes 1962, wo rein kosmetische Operationen als nicht vom Heilzweck erfaßt ausgeschieden werden sollen[5]).

Dieser Auffassung ist insoweit zuzustimmen, als Eingriffe ohne jede gesundheitsfördernde Tendenz ausgeschieden werden müssen. Maßnahmen, die nicht der Bekämpfung regelwidriger

---

[1]) BT § 8 II 4

[2]) ZStW 58,2

[3]) Eb. Schmidt, Arzt im Strafrecht, S. 70

[4]) § 223,11; ähnlich Schäfer, LK § 223 III 2c und Schäfer-Dohnanyi, S. 47

[5]) a.a.O. S. 297

körperlicher oder geistiger Umstände dienen, sind keine Heilungen und rechtfertigen nicht die Privilegierung durch den künftigen § 161.

Auf der anderen Seite ist zu bedenken, daß Entstellungen vielfach zu tiefgreifenden psychischen Störungen führen können, selbst wenn sie nicht von besonders schwerer Art sind. Es wäre verfehlt, die Beseitigung eines Klumpfußes als heilungswürdigen Zustand anzuerkennen, generell aber die Korrektur einer verwachsenen Nase zB auszunehmen. Entscheidend kann hier nur die individuelle Eigenart des konkreten Patienten, insbesondere seine seelische Verfassung sein. Wenn der Arzt zu der Oberzeugung kommt, daß durch eine kosmetische Operation körperlich regelwidrige Zustände (also etwa ein Klumpfuß) oder auch seelische Schäden beseitigt werden können, steht einer Anerkennung von Schönheitsoperationen als Heilungen im Einzelfall m.E. nichts entgegen. Ebenso muß die vom Arzt diagnostizierte Möglichkeit einer Neurose oder einer krankhaften Störung etwa des Selbstbewußtseins zur Bejahung der Heiltätigkeit als Prophylaxe ausreichend sein.

b) Auch diagnostische und die oben angedeuteten prophylaktischen Behandlungen sind - immer eine konkrete Indikation vorausgesetzt - Heileingriffe[1]). Sie dienen einerseits als notwendige Voraussetzung einer späteren Heilung der mittelbaren Förderung der Körperinteressen oder fördern sie andererseits (im Falle der Prophylaxe) indirekt durch Abwehr regelwidriger Umstände auf den Körper. Dementsprechend

---

[1]) So die h.M.; vgl. Eb. Schmidt, Arzt im Strafrecht S. 70; Mezger LB, S. 345; Schönke-Schröder § 223, 11; Maurach unterstellt sie als vorweggenommene Heilbehandlungen deren Regeln (BT § 8 II 4). Anders Bockelmann, Strafrecht des Arztes, S. 82, Anm. 96, der mittelbare Förderungen des körperlichen Wohles nicht als Heileingriffe anerkennt.

unterfallen auch nach der Begründung des Entwurfes 1962 nicht nur unbedingt notwendige, sondern auch vorsorgliche Eingriffe dem künftigen § 161.[1])

c) Sterilisationen und Kastrationen sind Heileingriffe, soweit sie aus medizinisch-therapeutischen Gründen und nicht primär zum Schutz der Gesellschaft vorgenommen werden[2]). Der Eingriff muß also gerade zur Behebung einer konkreten körperlichen oder seelischen Beschwernis angezeigt sein. Dies wird in der Regel bei der Kastration von Sittlichkeitsverbrechern mit abnormem Geschlechtstrieb nicht der Fall sein[3]), wenn auch Störungen denkbar sind, in denen derartig schwere psychische Schäden vorliegen, daß sie auch einen so gravierenden Eingriff als indiziert erscheinen lassen. In allen diesen Fällen folgt die Kastration jetzt den durch das Gesetz vom 15.8.69 gesetzten Regeln, wonach sie nicht als Körperverletzung strafbat ist, wenn die in § 2 des Gesetzes zusätzlich zur Indikation aufgestellten Anforderungen erfüllt sind[4]).

Die Sterilisation ist, sofern sie zur Abwendung einer Gesundheitsgefahr indiziert ist, ebenfalls begrifflich Heileingriff. Ihre Zulässigkeit bestimmt sich in den Ländern mit Fortgeltung des Erbgesundheitsgesetzes vom 14.7.33[5]) nach dessen § 14; danach ist sie nur mit Einwilligung des Verletzten gestattet, falls die Sterilisation zur Abwendung einer ernsten Gefahr für das Leben oder die Gesundheit notwendig ist[6]). In den Ländern, wo das Gesetz nicht mehr gilt[7]), ist die Sterilisation gewohnheitsrechtlich

---

[1]) a.a.O. S. 297

[2]) Engisch, Operation, S. 1351

[3]) E 1962, S. 298

[4]) vgl. dazu Dreher § 226a 2 B a

[5]) Dazu E. Schmidt. JZ 51,65

[6]) vgl. LK § 223 III 3

[7]) Nachweise bei Dreher § 218 4b, c

nach dessen Voraussetzungen straffrei[1]). Die eugenisch oder sozial indizierte Unfruchtbarmachung ist dagegen begrifflich in keinem Fall Heilbehandlung. Sie dient überindividuellen Interessen und nicht der Heilung der Person, an der ein Eingriff vorgenommen werden soll.

Die Schwangerschaftsunterbrechung aus medizinischer Indikation ist ihrem Wesen nach einerseits Operation zu Heilzwekken, andererseits aber Eingriff in die sich an den Nasciturus knüpfenden Interessen[2]). Sie unterliegt deshalb einer rechtlichen Sonderbeurteilung, die nicht Gegenstand der vorliegenden Arbeit ist.[3])

d) Als Grenzfälle der Heilbehandlung sind auch Transfusionen und Transplantationen zu nennen. Relativ einfach ist es bei der Transfusion. Hier liegen zwei Eingriffe vor, am Patienten und am Spender, die zwar äußerlich verbunden, juristisch aber zu trennen sind. Für den Eingriff am Spender gilt § 226 a: er wird gerechtfertigt durch die Einwilligung des Spenders, ist aber bei ihm kein Heileingriff, weil keine Beseitigung regelwidriger körperlicher oder geistiger Zustände beabsichtigt wird. Auf Seiten des Nehmers dagegen liegt ein echter Heileingriff vor[4]). Die Entscheidung über die Indikation kann hier allerdings dem Arzt erschwert werden, wenn sein Patient aus religiösen Gründen eine Transfusion ablehnt, wodurch bei einem schließlich dann doch einvernehmlich vorgenommenen Eingriff psychische Belastungen auftreten können. Die von einem objektiven Standpunkt aus vorzunehmende Abwägung der medizinischen Notwendigkeit des Eingriffs mit der seelischen Belastung des Patienten

---

[1]) Näheres bei E. Schmidt a.a.O

[2]) Engisch, Operation, S. 1349

[3]) Dazu Maurach BT § 8 II 4

[4]) Engisch, a.a.O., S. 1349

wird, jedenfalls bei lebensrettenden Blutübertragungen, aber in aller Regel zu einer Bejahung der Indikation führen. Jedenfalls rechtfertigen es die Skrupel einer Minderheit nicht, Transfusionen als Verstöße gegen die guten Sitten und damit gegen das Standesethos zu werten[1]).

Unter Transplantationen versteht man die zum Zweck der Heilung oder Besserung einer Krankheit vorgenommene Verpflanzung von Organen aus dem Körper eines menschlichen oder tierischen, lebenden oder toten Spenders in den Leib des Patienten[2]). Wie die Transfusion kann sie nur auf Seiten des Empfängers Heileingriff sein, sofern sie therapeutische Zielsetzung hat. Fehlt diese im konkreten Fall, dient die Transplantation vielmehr lediglich der Gewinnung neuer medizinischer Erkenntnisse oder der Bestätigung oder Widerlegung wissenschaftlicher Hypothesen, so ist sie kein Heileingriff; auch nicht, wenn in Aussicht genommen ist, die erzielten Resultate später zur Entwicklung therapeutischer Methoden zu nutzen[3]). Aber auch bei der therapeutischen Transplantation taucht die Frage auf, ob gewisse noch nicht bestätigte Verfahren (wie Herz- und Leberverpflanzungen) überhaupt indiziert sein können[4]). Das ist - wie oben angeführt - nur dann der Fall, wenn der Eingriff unter Abwägung aller Umstände größere Aussicht auf Erfolg bietet als seine Nichtvornahme. Bei schon länger erprobten Maßnahmen wie Nierenverpflanzungen, ist die Aussicht auf eine Lebensverlängerung heute schon so sicher, daß die Indikation

---

[1]) vgl. Bockelmann, Strafrecht des Arztes, S. 97

[2]) Bockelmann, a.a.O., S. 97

[3]) Über die Grenze solcher Experimente zum Heileingriff s.u. (c)

[4]) Eine zweite Frage ist dann, unter welchen Voraussetzungen eine sachgemäße Durchführung anzunehmen ist.

hier grundsätzlich gegeben sein wird[1]).

Anders ist es bei den schon erwähnten Herz- und Leberverpflanzungen, die - soweit ersichtlich - noch kein Patient längere Zeit überlebt hat. Von einem Erfolg kann aber m.E. nur die Rede sein, wenn der Patient einerseits durch den Eingriff länger lebt, andererseits aber die Lebensverlängerung so beachtlich ist, daß sie gegenüber den erlittenen Schmerzen, Ängsten und sonstigen Einbußen ins Gewicht fällt; nur wenn eine derartige Erwartung besteht, ist die Verpflanzung indiziert. Daß die Chance des Gelingens im so verstandenen Sinne größer ist als die des Mißlingens, läßt sich bislang nicht behaupten. Daraus folgt freilich nicht, daß derartige Transplantationen nie indiziert sein könnten; auch medizinisch noch nicht erprobte Methoden können Heileingriffe sein, sonst wäre der Fortschritt der medizinischen Wissenschaft blockiert[2]). Das Fehlen einer verläßlichen Erfolgschance schränkt das Vorliegen einer Indikation aber auf solche Fälle ein, in denen eine Verpflanzung das einzige Mittel zur Erhaltung des Lebens ist. "Falls sie das ist, braucht der Arzt nicht vor ihr zurückzuschrekken, wiewohl er auf die Gefahr hin handeln muß, daß sein Eingriff statt zur Verlängerung unglücklicherweise zu einer Verkürzung des Lebens seines Patienten führt. Das einzige Mittel anzuwenden, das Hoffnung gewährt, ist, wo der Tod droht, immer noch richtiger, als nichts zu tun."[3]) Daraus folgt, daß dort, wo es wirklich um die Wahrnehmung

---

[1]) Freilich kann die Abwägung der persönlichen Umstände des Patienten (zB zusätzliche Krankheiten) auch zu einer Kontraindikation führen, um dem Patienten die zu risikoreiche Operation zu ersparen.

[2]) Zu neuen Methoden s.u. d)

[3]) Bockelmann, a.a.O., S. 101

der letzten Chance geht, auch die "Neuland"-Operation ein gehörig indizierter Eingriff sein kann. Die Entscheidung muß der Arzt nach Abwägung aller Umstände des konkreten Einzelfalles treffen.

e) Bei der Transplantation grenzt der Heileingriff an das Experiment. Diese Grenze ist nicht immer leicht zu ziehen. In biologisch-wissenschaftlichem Sinn kann man im Experiment eine planmäßig vorgenommene Handlung sehen, die der empirischen Bestätigung theoretischer Überlegungen oder der Auffindung von Naturgesetzen dient. Wenn man davon ausgeht, daß bei einem Heileingriff die Kenntnis der Krankheit, die anzuwendenden Mittel, die Widerstandskraft des erkrankten Organismus und schließlich das Können des Arztes den Heilerfolg bestimmen und von diesen Komponenten kaum ein Teil mit Sicherheit abgeschätzt werden kann, könnte man streng genommen jedes ärztliche Handeln als Experiment bezeichnen[1]). Es ist klar, daß von einem solchen streng erkenntnistheoretischen Standpunkt nicht ausgegangen werden kann. Auch der Grad der Wahrscheinlichkeit, mit der ein positiver Heilerfolg zu erwarten ist, grenzt die Heilbehandlung nicht vom Experiment ab. Es gibt Experimente, die aufgrund ihrer gründlichen Erprobung und der Übersehbarkeit der Abläufe kaum ein Risiko in sich bergen, während andererseits auch erprobte Heilverfahren wenig Erfolgsgarantien bieten, man denke nur an die erwähnten Herztransplantationen oder an die verschiedenen Krebstherapien. Man kann auch nicht jeder neuen Heilmethode generell die Anerkennung versagen. Das würde den Stillstand der Medizin, das Verbot des Fortschritts bedeuten. Es gibt keine Operation, die nicht eines Tages die erste ihrer Art gewesen

---

[1]) Gebauer, ärztliche Experimente, S. 32

wäre[1]). Das entscheidende Kriterium, das ein Experiment vom Heileingriff abhebt, ist vielmehr die ausschließliche oder doch überwiegende Ausrichtung auf den Versuchszweck. Mögen sich auch Experiment und Heilbehandlung äusserlich ähneln, ja bei einer späteren wissenschaftlichen Anerkennung der Versuche identisch sein, so kann von einer Heilbehandlung nur bei primärem Heilzweck, beim Motiv der Heilung und nicht der Wissenssuchung, gesprochen werden. Experimente sind demnach "Einwirkungen auf den menschlichen Organismus, welche, ohne unmittelbar auf einen Heilungszweck gerichtet zu sein, aus wissenschaftlichen Gründen vorgenommen werden und der praktischen Feststellung gewisser physiologisch relevanter Tatsachen und somit der ausschließlichen Gewinnung neuer Erkenntnisse dienen."[2]) Die Absicht der Erkenntnisvermehrung grenzt dabei zu mutwilligen oder sadistischen Eingriffen ab.

Dagegen ist die erstmalige Anwendung eines neuartigen Verfahrens mit der Absicht zur Heilung kein Experiment, sondern ein Heileingriff[3]). Der Unterschied zur normalen Heilbehandlung liegt darin, daß bei dieser schon früher gesammelte Erfahrungen auf gleich gelagerte Fälle übertragen werden, während bei erstmaliger Anwendung eines Verfahrens eine erst neu erschlossene Erkenntnis bei einem gegebenen Fall ausgewertet werden soll. Ausschlaggebend bei der erstmaligen Anwendung ist der Heilzweck. Zwar ist das Moment des Erfahrungssammelns mehr betont, die Bereicherung der Erfahrung ist aber nicht Selbstzweck wie beim Experiment, in erster Linie steht die Heilung[4]). Auch bei neuen Methoden

---

[1]) Bockelmann, a.a.O., S. 101

[2]) Gebauer, a.a.O., S. 45

[3]) An dessen sachgemäße Durchführung allerdings besondere Anforderungen zu stellen sind (dazu später).

[4]) Gebauer, a.a.O., S. 42

ist der Patient durchaus nicht der Experimentierlust des Arztes ausgeliefert. Denn wenn es auch dem Arzt gestattet ist, notfalls ein Wagnis einzugehen, so ist es ihm doch niemals erlaubt, nach Willkür zu verfahren. Vielmehr darf er das Risiko eines neuartigen Eingriffs nur dann übernehmen, wenn er ihn technisch beherrschen kann, wenn also die Methode zuvor im Tier- oder Selbstversuch soweit wie möglich erprobt ist[1]).

---

[1]) Bockelmann, a.a.O., S 101

§ 2 Der sachgemäß durchgeführte Eingriff

I.) Die allgemein anerkannten Regeln

1.) Begriff

Die Sachgemäßheit eines Eingriffs läßt sich leicht mit der tatsächlichen Feststellung umschreiben, daß in einem bestimmten Einzelfall medizinisch ein Verhalten richtig ist[1]). Doch damit, daß eine Prozedur technisch richtig durchgeführt wird nach Maßgabe der nötigen Fachkenntnisse und ohne "Versehen", ist wenig gesagt. Gerade darüber, was technisch richtig ist, scheiden sich die Geister. Oft wird sich der maßgebende medizinische Standpunkt in allgemein anerkannte Regeln fassen lassen; meist werden sich aber verschiedene medizinische Ansichten gegenüberstehen[2]). Die Heilkunde mit ihren verschiedenen Zweigen der Chirurgie, inneren Medizin, Homoöpathie, Biologie, Physiologie usw. ist eben keine abgeschlossene Wissenschaft, sondern befindet sich dauernd im Fluß. Neue Entdeckungen bringen neue Behandlungsmethoden mit sich; die chemische Industrie wirft täglich neue Arzneimittel auf den Markt. "Man macht die Erfahrung, daß ein und dieselbe Krankheit auf verschiedene Weise geheilt werden kann, daß die einzelnen Menschen bei derselben Erkrankung auf die gleichen Arzneien und Heilmittel verschieden reagieren und dem einen schadet, was dem anderen nützt, daß die Technik der Chirurgie infolge der Erfindung und der Herstellung neuer und Vervollkommnung alter Instrumente sich stetig weiterentwickelt und Operationen ermöglicht, deren

---

[1]) Eb. Schmidt, Arzt im Strafrecht, S. 137/138

[2]) König-Köstlin, a.a.O., S. 16, ist sogar der Auffassung, daß es allgemein anerkannte Regeln überhaupt nicht gibt.

Vornahme man kurz vorher für einen schweren Kunstfehler gehalten hätte - kurz die Grenzen zwischen sachgerechtem und sachwidrigen Handeln sind oft schwer zu erkunden."[1]) Soviel läßt sich allerdings mit Sicherheit sagen, daß ein Eingriff sachgerecht ist, der sich nach der sog. Schulmedizin richtet. Darunter ist nicht die auf den Universitäten gelehrte medizinische Wissenschaft zu verstehen (es lehren ja auch "Außenseiter"), im Gegensatz zu dem Wissen, das sonst erworben werden kann. Unter Schulmedizin versteht man vielmehr allgemein oder weitaus überwiegend anerkannte Regeln der ärztlichen Wissenschaft[2]). Damit ist gesagt, daß sich die Sachgerechtheit nicht nach "allgemein anerkannten Regeln" bemißt (deren Vorhandensein zumindest bezweifelt werden kann), nicht also nach der jeweils "herrschenden" Meinung, sondern daß auch konkurrierende Schulen, die "überwiegend" anerkannt sind, die sog. lex artis bestimmen. Ein Eingriff, der hinreichend gefestigte wissenschaftliche und praktische Ergebnisse berücksichtigt,also eine der verschiedenen Richtungen der Schulmedizin beachtet, ist jedenfalls sachgerecht: "Es kommt nicht auf einen Streit zwischen verschiedenen Schulen und Richtungen innerhalb der ärztlichen Wissenschaft an, wenn es sich um Erfahrungen handelt, die Allgemeingut der ärztlichen Wissenschaft sind, die insbesondere auch statistisch erhärtet sind"[3]). Selbstverständlich ist, daß die Erkenntnisse der Wissenschaft nur in ihrem jeweiligen Stande Maßstab sein können. Solange der Arzt sich an sie hält, ist sein Eingriff auch sachgemäß, wenn es sich nachher erweisen sollte, daß eben diese Erkenntnisse falsch waren; die lex artis ist nicht die letzte Wahrheit[4]).

---

[1]) Thiersch, Beiträge zur ärztlichen Rechtskunde, S. 67
[2]) RG 64, 263 ff; vgl. auch Goldhahn-Hartmann, S. 104 f.
[3]) Liertz-Paffrath, Arztrecht, S. 270
[4]) Grünwald, Heilbehandlung, S. 129

2. Der Einfluß der Standesethik

Die Frage nach dem richtigen ärztlichen Verhalten ist aber nicht nur eine rein technische[1]). Bei den Reformarbeiten wurden auch "die Erfahrungen der Heilkunde und die Grundsätze eines gewissenhaften Arztes" als Maßstab für kunstgerechtes Verhalten erwähnt[2]). Damit sollen nicht nur die technischen Regeln sondern auch Gesichtspunkte der ärztlichen Ethik in die Beurteilung miteinbezogen werden. Schon in der amtlichen Begründung zu § 263 des E 1927 ist ähnliches vertreten worden. Es heißt dort: "Der Maßstab, nach dem sich die Zulässigkeit des Eingriffs oder der Behandlung beurteilt, bildet die Übung eines gewissenhaften Arztes". Der Eingriff muß somit nicht nur nach den Regeln der ärztlichen Wissenschaft angezeigt sein und kunstgemäß ausgeführt werden, sondern auch vom Standpunkt der ärztlichen Ethik aus statthaft erscheinen. Auch die amtliche Begründung zu § 161 (E 1962) führt die Einhaltung ethischer Grundsätze des ärztlichen Berufes an, um Risikobehandlungen von der Geltung des künftigen § 161 auszunehmen[3]). Die Deutsche Gesellschaft für Psychiatrie und Nervenheilkunde hat diesen Standpunkt geteilt[4]), ebenso wie das überwiegende Schrifttum[5]). Dieser Ansicht ist zuzustimmen. Ein sachgerechter Eingriff kann sich nicht nur auf das rein Technische beschränken, sondern umfaßt auch das gesamte Verhalten des Arztes gegenüber seinem Patienten, erfordert also insbesondere Rücksichtnahme auf seine wesensmäßige Eigenart und Achtung seiner Menschenwürde. Daher entspräche etwa

---

[1]) Engisch, Operation, S. 1540

[2]) Niederschriften, Bd. 7, S. 199

[3]) E 1962 (Begründung), S. 298

[4]) Gutachten, S. 47 ff

[5]) Bohne, a.a.O., S. 63; Mezger, DZ f. ger. Medizin, Bd. 42, 1953, S. 366 ff

eine - auch technisch einwandfrei- durchgeführte Operation in alkoholisiertem oder übermüdetem Zustand nicht der Standesethik und damit auch nicht der lex artis.

Dagegen ist mit Eb. Schmidt[1]) die Frage der Einwilligung aus der Sachgemäßheit des Eingriffs herauszuhalten. Es handelt sich um eine Frage der eigenmächtigen Heilbehandlung[2]), die das Rechtsgut der Willensentschließungsfreiheit und nicht das der körperlichen Unversehrtheit betrifft. Wollte man die Frage der Einwilligung über den Gesichtspunkt der Standesethik mit der Sachgerechtheit vermengen, so wäre jede Heilbehandlung ohne Einwilligung ein Kunstfehler und damit (bei Fehlschlag) tatbestandsmäßig rechtswidrige Körperverletzung. Ein Ergebnis, das der Entwurf durch Einführung einer Regelung über eigenmächtige Heilbehandlung gerade beseitigen wollte[3]).

3. Die Relativität der lex artis

Wenn oben festgestellt wurde, daß die Sachgemäßheit eines ärztlichen Eingriffs keine unwandelbare, feststehende Größe ist, so gilt dies auch hinsichtlich der konkreten Umstände, unter denen ein Eingriff vorgenommen werden muß. Eine Operation in einem abgelegenen Landkrankenhaus widerspricht nicht deshalb der lex artis, weil derselbe Eingriff in der bestens ausgerüsteten Universitätsklinik besser hätte ausgeführt werden können[4]). Immer können aber örtliche Umstände

---

[1]) Verhandlungen, S. 152 f

[2]) vgl. dazu Grünwald, a.a.O., S. 133

[3]) ebenso für die Strafrechtsreform mit überzeugenden Gründen Grünwald, a.a.O., S. 153 f

[4]) so das überwiegende Schrifttum: Eb. Schmidt, Ponsold, S. 52; Engisch, Operation, S. 1539

nur soweit berücksichtigt werden, als in bestimmten Gebieten der Stand der Wissenschaft insgesamt geringer ist als anderswo. Nur dort wird die lex artis nach dem Stand der örtlichen Verhältnisse zu beurteilen sein, wo dem Durchschnitt ein höheres Niveau nicht erreichbar ist[1]). Denn die lex artis ist, bei all ihrer Relativität und Wandlungsfähigkeit, ein objektiver Maßstab, der nicht subjektiviert werden darf. Deshalb wird eine mit unzureichender Ausrüstung von einem praktischen Arzt auf einer eingeschneiten Skihütte vorgenommene Blinddarmoperation nicht als sachgerecht bezeichnet werden können, auch wenn sie die einzige Möglichkeit war. Diese Fälle sind aber keine Frage der Sachgemäßheit, sondern eine solche des Fahrlässigkeitsvorwurfs.

Ebenso sind auch persönliche Verhältnisse des Arztes nicht im Rahmen der Sachgemäßheit des Eingriffs zu berücksichtigen. So wird zB die erwähnte Blinddarmoperation nicht dadurch zu einer sachgerechten, daß von einem praktischen Arzt keine fachärztlichen Kenntnisse verlangt werden können. Muß der Arzt trotz geringer Kenntnisse operieren[2]), so verschieben sich aber die Anforderungen der strafrechtlichen Sorgfaltspflicht in Abhängigkeit von der konkreten Situation, die hier objektiv stets durch die Erforderlichkeit der Behandlung, insbesondere für die Lebenserhaltung oder die Abwehr nachhaltiger ernstlicher Gesundheitsschädigungen diktiert wird[3]).

---

[1]) Ebenso Liertz-Paffrath a.a.O., S. 273 und König-Köstlin, S. 47 ff

[2]) Hat er auf einem Gebiet überhaupt keine Kenntnisse, so fehlt es schon an der objektiven Heiltendenz des Eingriffs.

[3]) Maurach AT § 44 II B

II.) Die Sachgemäßheit bei Außenseitermethoden

1.) Medizinische Richtungsgegensätze

Bisher war nur von solchen Eingriffen die Rede, die mit der Schulmedizin im Einklang stehen. Eine solche Einschränkung auf allgemein oder überwiegend anerkannte Regeln wäre aber zu eng[1]). Das Recht muß als richtig eine Behandlung so lange anerkennen, wie sie einer der in der Medizin vertretenen und praktizierten Richtungen entspricht, also auch die Methoden von Außenseitern[2]). Alle Therapien sind, solange um sie wissenschaftlich gekämpft wird und solange sie praktisch geübt werden, vom Recht als gleichwertig anzusehen. Das gilt auch dann, wenn andere Heilmittel oder andere Heilverfahren gegenüber einer bestimmten Krankheit nach dem augenblicklichen Stand der ärztlichen Wissenschaft weitaus überwiegend als die wirksamsten gelten:[3]) "Die allgemein oder weitaus überwiegend anerkannten Regeln der ärztlichen Wissenschaft genießen grundsätzlich keine Vorzugsstellung vor den von der Wissenschaft abgelehnten Heilverfahren ärztlicher Außenseiter oder nichtärztlicher Heilbehandler." [4])

Diese sogenannte "Kurierfreiheit" kann natürlich nicht schrankenlos sein. Zunächst muß ein Außenseiter wenigstens die von seiner eigenen Richtung als verbindlich angesehenen Regeln einhalten, soll seine Behandlung sachgerecht sein[5]). Sodann darf sich der Arzt auch nicht beliebig über die Erfahrungen und Fortschritte der medizinischen Wissenschaft hinwegsetzen. Eine Abweichung von anerkannten Regeln ist nur zulässig, wenn sich die persönliche Überzeugung auf

---

[1]) Engisch, Operation, S. 1339
[2]) Grünwald, a.a.o., S. 129
[3]) Liertz-Paffrath, a.a.O., S. 265; Engisch, Operation, S.1339
[4]) RG 67, 21 f und RG 64, 263
[5]) Engisch, Kinderheilkunde, S. 142

sachliche Gründe stützen kann[1]). Solche Gründe liegen dann vor, wenn ein Heilkundiger ein Heilmittel zwar als besonders wirksam gegen die von ihm zu behandelnde Krankheit kennt, von seiner Anwendung aber deshalb Abstand nimmt, weil er hiervon erhebliche anderweitige Gefahren für den Kranken befürchtet, oder wenn ihm zwar bekannt ist, daß ein Heilmittel von der ärztlichen Wissenschaft weitaus überwiegend als das wirksamste erachtet wird, wenn er aber seinerseits aus wohlerwogenen Gründen an diese Wirksamkeit nicht glaubt und die scheinbare Wirksamkeit auf andere Gründe zurückführt[2]). Sobald der Arzt erkennt, daß seine Methode versagt, muß er seine Behandlung ändern, oder einen anderen Arzt zuziehen[3]). Das angewendete Verfahren darf nicht unter allen Umständen hinter dem der herrschenden Richtung zurückstehen. Dazu ist ein Vergleich der Erfolgsaussichten vorzunehmen, wobei Bezugspunkt die konkret in Frage kommende Krankheitsart ist, nicht die allgemein wissenschaftliche Erörterung, welche Methode vorzuziehen ist[4]). Auf keinen Fall darf sich ein Außenseiter aus Eigensinn, Hochmut oder Leichtfertigkeit den Erfahrungen verschließen, die man mit wohlerprobten Behandlungsmethoden gemacht hat; er darf also z.B. nicht auf der Nichtanwendung von Diphterieserum bestehen, auch wenn es Naturheilkundige gibt, die dagegen sind[5]).

Zusammenfassend ist zu sagen, daß freie Therapiewahl besteht, sofern keine festen Regeln bestehen. Soweit es solche Regeln gibt, ist ein Eingriff nur sachgerecht, wenn für die Behandlungsmethode sachliche Gründe vorliegen, die umso fundierter sein müssen, je gefährlicher der Eingriff

---

[1]) RG 64, 270; BGH LM Nr. 6 zu § 230 STGB
[2]) RG 64, 270
[3]) RG 64, 271
[4]) Eb. Schmidt, Arzt im Strafrecht, S. 146 f
[5]) Engisch, Kinderheilkunde, a.a.O., S. 142

ist. Dabei spielen eigene praktische Erfahrungen des Arztes eine große Rolle. Gibt es aber ein anerkannt spezifisches Heilmittel, das im Verhältnis zu anderen besonders wirksam ist, so muß es der Arzt anwenden, wenn er keine stichhaltigen Gründe dagegen anführen kann[1]).

2. Neue Heilmethoden

Besondere Voraussetzungen sind an die Sachgemäßheit von gänzlich neuen Methoden zu stellen. Soweit es sich hierbei nicht um bloße Experimente handelt, versteht man darunter erstmalig erprobte Methoden und außerdem solche, die erst seit kurzer Zeit angewendet werden und über deren Erfolge wissenschaftlich gefestigte Ergebnisse noch nicht in genügender Zahl vorliegen[2]). Daß auch solche Neulandoperationen indiziert sein können, wurde oben gezeigt. Hier besteht im übrigen eine enge Wechselbeziehung zwischen Indikation und Sachgemäßheit der Durchführung, wenn für eine kunstgerechte Ausführung die wissenschaftlichen Grundlagen fehlen. Kann nämlich eine Operation mangels dieser Voraussetzungen nicht einwandfrei ausgeführt werden, so wird man sie auch nicht als indiziert ansehen dürfen, sofern sie aufschiebbar ist. Ist sie unaufschiebbar und steht keine gesicherte Methode zur Verfügung, so ist freilich auch die unzulängliche Methode indiziert[3]). Voraussetzung für die Anerkennung einer neuen Methode als sachgerechter Eingriff ist in jedem Fall, daß sich aus bereits vorliegenden Erfahrungen und Erkenntnissen wenigstens die berechtigte Erwartung ableiten läßt, daß die neu einzu-

---

[1]) vgl. zum Ganzen, Loewe, rechtliche Gleichwertigkeit der Therapien, S. 10 ff

[2]) Liertz-Paffrath, a.a.O., S. 265

[3]) vgl. Engisch, Operation, S. 1326

führende Maßnahme für den bestimmten Zweck dienlich ist und zumindest keinen schlechteren Erfolg aufweisen wird, als die für die konkrete Erkrankung bereits erprobten Heilmethoden[1]). Zweitens muß die Gefährlichkeit der neuen Behandlungsart im Einklang mit der Gefahr stehen, in der sich der kranke Patient befindet. Weiter muß der Eingriff seiner Art nach dem jeweiligen Mindeststand der medizinischen Wissenschaft entsprechen und dieser Stand muß auch ein erfolgreiches Anwenden der neuen Heilmethode gewährleisten. Schließlich muß die neue Behandlung mit der Zeitanschauung und der ärztlichen Ethik im Einklang sein und in Vorversuchen - wenn möglich - erprobt sein[2]). Von einer Erprobung im Selbstversuch kann freilich vielfach (zB bei Plantationen)keine Rede sein und auch der Tierversuch hat oft nur begrenzten Wert. Trotzdem entspricht auch eine solche Behandlung der lex artis, wenn eine rational begründete Erwartung auf den Erfolg der Methode besteht.

---

[1]) vgl. hierzu und zum folgenden Gebauer, ärztliche Experimente, S. 38 ff

[2]) Gebauer a.a.O.

III.) Sonstige Anforderungen an die Sachgemäßheit

1.) Im Vorigen wurden die Voraussetzungen erörtert, unter denen ein vom Arzt selbst durchgeführter Eingriff der lex artis entspricht. Eine moderne Heilbehandlung erschöpft sich aber nicht in dem Schnitt oder der Bestrahlung, die der Operateur letztlich vornimmt, sondern setzt Vorarbeiten und Unterstützung durch eine Vielzahl von Hilfskräften voraus, ohne die ein neuzeitlicher Heilbetrieb nicht denkbar wäre. Alle diese Hilfspersonen, die dem Arzt im Rahmen der Arbeitsteilung bei- oder untergeordnet sind, beeinflussen ebenso wie der eigentliche Eingriff die sachgerechte Durchführung der Behandlung. Es wäre verfehlt, die Tätigkeit solcher Hilfspersonen (Assistenten, Anästhesisten, Krankenpfleger und Schwestern) aus der Frage der Sachgemäßheit des Eingriffs auszuklammern; diese ist vielmehr bei jedem dem Arzt in der Arbeit am Kranken unterlaufenden Fehler nicht mehr gegeben[1]). Ein solcher Fehler kann sowohl beim Verzicht auf Hilfspersonen, wo der Arzt ohne Assistenz nicht sachgerecht arbeiten kann, aber auch bei Zuziehung ungeeigneter Kräfte vorliegen. Unterläuft solchen Personen, die unselbständig unter Verantwortung und Leitung des Arztes arbeitsteilig an einem Eingriff mitwirken, ein Fehler, reicht etwa die Schwester ein falsches Medikament, so läßt dies den Eingriff insgesamt als unsachgemäß erscheinen, genauso wie wenn der Arzt selbst ein falsches Medikament ausgewählt hätte[2])[3]).

---

[1]) Für einen weiteren Kunstfehlerbegriff auch Eb. Schmidt Arzt im Strafrecht, S. 138

[2]) Ob der Arzt die Fehlhandlung hätte verhindern können, ist eine Frage der Sorgfaltspflichtverletzung und nicht der - objektiv zu beurteilenden - Sachgerechtigkeit des Eingriffs

[3]) Näheres zur ärztlichen Arbeitsteilung: Stratenwerth, Festschrift für Eb. Schmidt, S. 383 ff

2.) Ähnlich sind auch andere Fehler anläßlich eines "an sich" kunstgerechten Eingriffs zu beurteilen. Die gesamte Behandlung ist einheitlich zu sehen, eine Unterscheidung zwischen technisch richtiger Ausführung und sonstigen Versehen ist nicht möglich[1]). Freilich gibt es Fehlhandlungen, die in der Vernachlässigung allgemeiner, nicht aber in der Versäumung spezifisch ärztlicher Sorgfaltspflichten bestehen; die Unterscheidung ist aber ohne Wert, da der Arzt, der bei Behandlung eines Kranken unsorgfältig verfährt (also etwa ein Instrument im Körper zurückläßt), immer auch ärztlich unsachgemäß handelt[2]).

---

[1]) Eb. Schmidt, Arzt im Strafrecht, S. 137

[2]) Bockelmann, Strafrecht des Arztes, S. 92, Anm. 5

§ 3 Der Fehlschlag des Eingriffs

I.) Die Verschlechterung des Zustands

1.) Ein Heileingriff ist dann mißglückt, wenn trotz Heiltendenz und sachgemäßer Durchführung kausal eine Schädigung herbeigeführt wird. Das sind zunächst Fälle, in denen ein Eingriff zum Tode führt; ferner gehören die Fehlschläge hierher, "in denen entgegen dem, was für die ärztliche Betrachtung ex ante im Hinblick auf medizinisches Erfahrungswissen an Heilwirkung zu erwarten war, eine Heilwirkung nicht nur nicht eintritt, der Gesamtgesundheitszustand des Patienten im Gegenteil verschlechtert aus dem Heilverfahren (einschließlich Eingriff) hervorgeht"[1]). Der Patient muß also objektiv schlechter dastehen als vor dem Eingriff oder ohne den Eingriff. Die Beurteilung, ob ein Eingriff geglückt ist, muß immer ganzheitlich erfolgen. Daher sind auch solche Operationen gelungen, bei denen nach der ganzen Anlage der Operation im Hinblick auf die Beschaffenheit des Krankheitsherdes der Patient ein Glied oder ein Organ verliert, dadurch aber am Leben erhalten oder in seinem Gesundheitszustand gefördert wird[2]). Es ist klar, daß eine Amputation oder Blinddarmresektion nicht medizinisch deswegen mißglückt sein kann, weil die Abtrennung eines Organs für sich gesehen schädigend ist[3]).

2.) Ob ein Eingriff zu einer Verschlechterung des Zustandes geführt hat, ist auch bei objektiver Beurteilung

---

[1]) Eb. Schmidt, Verhandlungen, S. 31

[2]) Eb. Schmidt, Arzt im Strafrecht, S. 75, Anm. 27

[3]) Eine andere Frage ist es, ob auch solche medizinisch geglückte Eingriffe als Körperverletzung zu werten sind, wie es die Rechtsprechung tut.

nicht immer klar. Erfolg oder Mißerfolg eines Eingriffs stehen nicht immer eindeutig fest, sondern können den Gegenstand von Meinungsverschiedenheiten bilden[1]). In solchen Fällen kommt für die Beurteilung von Erfolg und Mißerfolg auch der subjektiven Entscheidung des Patienten Bedeutung zu. Es ist zwar richtig, daß grundsätzlich das ärztliche Urteil maßgebend ist und nicht die besondere Meinung des Patienten, die nur darüber entscheidet, ob das Resultat der Operation dem Kranken erwünscht ist, nicht aber darüber, ob sie geglückt ist[2]). Ähnlich wie schon bei der Indikation des Eingriffs kann aber auch bei der Beurteilung des Erfolgs einer Behandlung die Meinung des Patienten, ob sich sein Zustand nun gebessert oder verschlechtert hat, nicht gänzlich außer Acht gelassen werden. Ärztliche Eingriffe sind keine rein wissenschaftlichen Fragen, sondern beziehen sich auf den einzelnen Menschen, dessen Hoffnungen und Erwartungen sie in Rechnung stellen müssen. So kann etwa eine unschön vernähte Operationswunde für den einen durchaus zu einer geglückten Behandlung gehören, während sie für andere den Erfolg insgesamt in Frage stellen mag. (Etwa wenn einem Fotomodell am unversehrten Äußeren mehr liegt als an einem nicht zwingend gebotenen Eingriff). Man wird daher die Willensbestimmung des Patienten dann neben der zunächst gebotenen objektiven medizinischen Wertung berücksichtigen müssen, wenn es sich um das Grenzgebiet zwischen Eingriffen handelt, die objektiv unbedenklich überwiegende Gesundheitsinteressen gefördert haben und solchen, die objektiv ebenso eindeutig schädlich waren[3]).

---

[1]) Bockelmann, Strafrecht des Arztes, S. 69

[2]) Bockelmann, a.a.O., S. 69

[3]) Engisch, ZStW 58, 15

II.) Heilung mit Nebenfolgen

Solche Grenzfälle treten vielfach auf, wenn es sich um die Beurteilung von Nebenfolgen einer Behandlung handelt. Bei unerwünschten, im Heilplan nicht vorgesehenen Folgen und Nebenwirkungen ist darauf abzustellen, ob es sich um überflüssige und vermeidbare Schäden oder um notwendige Begleiterscheinungen handelt. Stellen sich unnötige Beeinträchtigungen ein, so ist der Eingriff teilweise mißglückt, sofern Nutzen und Schaden auseinandergehalten werden können. Läßt sich eine Trennung nicht durchführen, so ist die Behandlung insgesamt als fehlgeschlagen zu werten, selbst wenn das eigentliche therapeutische Ziel erreicht worden ist. Denn man kann nicht einfach die Summe der Schädigungen, die der Eingriff dem Patienten zufügt, gegen die Summe der Gesundheitsvorteile abwägen[1]). Für den Erfolg ist nicht nur das Endergebnis entscheidend, sondern auch die Art und Weise der Durchführung. Führt diese zu überflüssigen Schäden, die eine bleibende Beeinträchtigung darstellen, so ist der Eingriff mißglückt. Dagegen berühren unnötige Schmerzen anläßlich einer dann ohne Nebenfolgen glückenden Maßnahme nicht deren Erfolg, sondern können ihn nur als nicht sachgerecht herbeigeführt erscheinen lassen[2]).

Eine Kompensation von Vor- und Nachteilen ist allerdings da möglich und geboten, wo die Zufügung von Nachteilen conditio sine qua non der Heilung ist. Dies ist zB da anzunehmen, wo eine Krebstheilung durch Röntgenbestrahlung nur durch Verlust der Gebärfähigkeit erkauft werden kann.

---

[1]) Bockelmann, Strafrecht des Arztes, S. 68

[2]) Abweichend möchte Bockelmann, a.a.O., auch unnötige Leiden für die Verneinung eines Erfolges genügen lassen.

Hier müssen Vor- und Nachteile der Behandlung abgewogen werden. Ergibt diese Abwägung, in der - wie schon erwähnt - auch die subjektive Einstellung des Patienten eine Rolle zu spielen hat, daß der Gewinn für die Gesundheit objektiv die Folge- und Begleitschäden überwiegt, so ist der Eingriff geglückt. Es ist klar, daß hierbei nur streng individualisierend geurteilt werden kann, bei der genannten Strahlentherapie also Alter der Patientin, die Zahl ihrer Kinder, sowie die Gefährlichkeit des Karzinoms in Rechnung zu stellen sind.

III.) Nichteintritt des Heilerfolges

Fehlgeschlagen ist ein Heileingriff schließlich auch dann, wenn es dem Arzt lediglich nicht gelungen ist, den erstrebten Heilerfolg herbeizuführen. Auch wenn beim Patienten keine weiteren Schäden eintreten, bedeutet jeder Eingriff doch eine Beeinträchtigung des Wohlbefindens, der in diesem Fall keine Förderung des Gesundheitszustandes gegenübersteht. Jede glückende Behandlung bedeutet also ein Doppeltes, die Beseitigung des Krankheitsherdes als solchem und die Abwendung der Gefahren, die mit dem Eingriff verbunden sind[1]). Gelingt es dem Arzt nur, die spezifischen Risiken seiner Behandlung zu vermeiden, nicht aber zugleich eine gesundheitliche Besserung herbeizuführen, so ist sein Eingriff gleichwohl fehlgeschlagen. Eine andere Frage ist es, ob derartige Fehlschläge auch unter einen strafrechtlichen Tatbestand subsumiert werden können[2]).

---

[1]) Eb. Schmidt, Arzt im Strafrecht, S. 78

[2]) Dazu s.u. 2. Kap.

Ergebnis:

Mit dem vorstehenden Kapitel ist die medizinische Bedeutung und Tragweite des gestellten Themas klargestellt. Seine zusätzliche Eingrenzung auf einverständlich vorgenommene Eingriffe ist eine rechtliche Anforderung, die im Zusammenhang mit der rechtfertigenden Einwilligung zu behandeln ist. Ohne spezielle Bedeutung für die Beurteilung des Heileingriffs ist seine Vornahme durch einen Arzt. Sie ist zwar der typische Fall; wie die folgenden Ausführungen noch zeigen werden, für die strafrechtliche Beurteilung aber nicht entscheidend[1]). Hierfür kommt es nicht auf den Beruf als solchen an, sondern auf das Verhalten entsprechend den Regeln dieses Berufes, auf das sich Heilpraktiker oder andere Nichtärzte ebenfalls berufen können. Auf eine genaue Abklärung des Begriffes "Arzt" kann daher verzichtet werden[2]).

In medizinischer Hinsicht haben die vorstehenden Ausführungen erbracht, daß Erfolg oder Mißerfolg, Sachgerechtheit oder Kunstfehler keineswegs feststehende Größen sind. Ihre Bestimmung kann im Einzelfall ebenso schwierig sein, wie sie für die juristische Bewertung entscheidend ist. Wenn nun im folgenden diese rechtliche Beurteilung versucht werden soll, so steht sie immer unter dem Vorbehalt der medizinisch richtig getroffenen Feststellungen, ohne die auch eine dogmatisch einwandfreie Rechtskonstruktion ohne Wert ist.

---

[1]) Gegenteilige Auffassungen aus der älteren Literatur haben sich als nicht haltbar erwiesen (vgl. u. Kap. 3 § 1)

[2]) Näheres dazu bei Bockelmann, Strafrecht des Arztes, S. 1 ff

2. Kapitel: Die Problemstellung nach geltendem und künftigem Recht

§ 1 Rechtliche Einordnung und Oberblick über die Problemlage

Mit dem Fehlschlag des sachgerechten Heileingriffs ist noch nichts darüber gesagt, ob ein strafrechtlich relevanter Vorgang vorliegt, geschweige denn darüber, ob dem Arzt ein Vorwurf gemacht werden kann. Es bedarf also einer strafrechtlichen Einordnung der verschiedenen fehlgeschlagenen Behandlungsformen. Das folgende Kapitel soll diese Einordnung vornehmen, einen Oberblick über die in der jeweiligen juristischen Beurteilungsstufe auftretenden Schwierigkeiten geben und die später näher zu behandelnden Einzelprobleme in einen Zusammenhang stellen.

I.) Der Tatbestand der Körperverletzung oder Tötung

1.) Der objektive Tatbestand

Der fehlgeschlagene Eingriff läßt sich zumindest dann unter die objektiven Tatbestandsmerkmale der Körperverletzung (§§ 223 ff) oder Tötung (§§ 212 ff) subsumieren, wenn der Patient nach dem Eingriff schlechter dasteht als zuvor oder sogar stirbt. Ist der Eingriff vorsätzliche Körperverletzung [1]), so ist diese auch qualifiziert. Da der Chirurg ein Messer oder ein anderes gefährliches Werkzeug gebraucht,

---

[1]) Freilich scheidet eine vorsätzliche Körperverletzung bei ärztlichem Handeln i.d.R. von vornherein aus. Näheres zum subjektiven Teil des Tatbestands unten, 2. Kap. § 1 I 2.

wird regelmäßig der Tatbestand des § 223 a erfüllt sein[1]). Begrifflich kann auch eine schwere Körperverletzung (§ 224) vorliegen, wenn der Arzt etwa ein wichtiges Glied amputiert, ja sogar Körperverletzung mit Todesfolge (§ 226) ist denkbar[2]) [3]). Allerdings wirkt es sich bei einer fahrlässigen Körperverletzung nach § 230 nicht aus, ob die Verletzung eine schwere oder leichte ist. Überhaupt steht ja von vornherein fest, daß die Bestrafung eines Arztes für einen sachgerecht durchgeführten Eingriff nicht in Frage kommen kann. Aber die Begründung der Straflosigkeit und ihr Standort im Verbrechensaufbau ist gerade das Problem, weil es dem Arzt nicht gleichgültig sein kann, mangels Tatbestandes oder nur mangels Schuld freigesprochen zu werden. Der Arzt hat ein berechtigtes Interesse daran, den sozialen Wert seiner Handlung bescheinigt zu erhalten und nicht erst mangels individuellen Vorwurfs von Schuld freigesprochen zu werden[4]).

a) Die einzelnen Tatbestandsmerkmale der Körperverletzung

aa) Soviel jedenfalls scheint festzustehen, daß die Tatbestandsmerkmale "Mißhandlung" oder "Gesundheitsbeschädigung" vorliegen, wenn der Patient nach dem Eingriff gesundheitlich schlechter steht als vorher. Ob man nun mit Nagler[5]) die Leiblichkeit des Menschen, die substantielle Erscheinungsform der Persönlichkeit in ihrer körperlich-geistigen Existenz, als Schutzobjekt der Körperverletzungstatbestände

---

[1]) Auch "eine das Leben gefährdende Behandlung" kann vorliegen.

[2]) vgl. BGH 12, 379

[3]) Die Annahme einer - medikamentösen - Giftbeibringung (§ 229) schließlich ist vollends abwegig

[4]) Maurach BT § 8 II

[5]) LK Vorb II 1 vor § 223

ansieht, oder ob man mit der traditionellen Meinung die Körperintegrität als geschütztes Rechtsgut betrachten will - der fehlgeschlagene, schädigende Eingriff berührt jedenfalls dieses Rechtsgut.

Ordnet man einzelne ärztliche Behandlungsformen näher ein, so wird das beim fehlgeschlagenen chirurgischen Eingriff besonders deutlich. Mißlingt ein - immer sachgerecht vorgenommener - Stich oder Schnitt aus welchen Gründen auch immer, so liegt eine Gesundheitsbeschädigung vor, wozu jede Herbeiführung eines vom relativen Normalzustand der körperlichen Funktion des Patienten nachteilig abweichenden Zustandes zählt[1]). Daher gehört auch jede Verschlimmerung oder Steigerung einer schon vorhandenen Krankheit hierher[2]). Meist wird zugleich auch das Tatbestandsmerkmal der körperlichen Mißhandlung, also eine Beeinträchtigung des körperlichen Wohlbefindens oder der körperlichen Unversehrtheit, vorliegen[3]), wenn auch chirurgische Eingriffe ohne Beeinträchtigung des körperlichen Wohlbefindens denkbar sind.

Auch internistische Maßnahmen können bei einem Fehlschlag natürlich Krankheiten hervorrufen oder steigern, also zu einer Gesundheitsbeschädigung führen[4]). Da es auf die Dauer der Beeinträchtigung nicht ankommt[5]) , können auch vorübergehende Schäden, die häufig bei medikamentösen Fehlschlägen auftreten, eine Gesundheitsbeschädigung bedeuten. Obgleich es also auf die Wirkungsdauer der Beschädigung nicht ankommt, bleiben aber doch unerhebliche Beeinträchtigungen - wie übrigens auch bei chirurgischen Eingriffen - außerhalb des Tatbestandes[6]); so zB leichte Kopfschmerzen als Folge einer Medikamentenunverträglichkeit. Da der Begriff

---

[1]) Maurach BT § 9 I A

[2]) BGH NJW 1960, 2253

[3]) Dreher § 223, 2 A, B

[4]) Die oben abgelehnte Unterscheidung von Eingriff und Behandlung ist daher auch juristisch ohne Wert.

[5]) RG DR 1939, 365

[6]) Maurach, BT § 9 I A

der Gesundheitsbeschädigung nicht auf die Beeinträchtigung des körperlichen Zustands beschränkt ist, kann auch die Erregung oder Steigerung einer psychischen Störung, etwa bei fehlgeschlagener Hypnosebehandlung, Gesundheitsbeschädigung sein[1]). Dagegen wird man psychische Einwirkungen, die lediglich das seelische Wohlbefinden berühren, nicht mehr als Gesundheitsbeschädigung ansehen können, falls nicht etwa ein krankhafter Nervenzustand hervorgerufen wird[2]).

Geht somit der Begriff der Gesundheitsbeschädigung schon sehr weit, so wird sich nahezu jede fehlgegangene, nicht ganz unerhebliche internistische Maßnahme als Mißhandlung qualifizieren lassen. Denn ein übles, unangemessenes Behandeln, das entweder das körperliche Wohlbefinden oder die körperliche Unversehrtheit nicht nur unerheblich beeinträchtigt[3]), wird fast bei jedem Fehlschlag vorliegen. Eine Störung des körperlichen Wohlbefindens verlangt keine Schmerzzufügung, kann also schon im Einflößen einer unangenehm bitteren Medizin liegen, und muß nicht einmal als Beeinträchtigung des Wohlbefindens empfunden werden; eine Mißhandlung kann also auch vorliegen, wenn der Patient die Einwirkung in dieser Weise nicht empfindet, etwa weil er wegen seiner Krankheit besonders abgestumpft ist[4]). Mißhandlung liegt auch bei Eingriffen in die körperliche Unversehrtheit vor, die nicht mit einer Störung des Wohlbefindens verbunden sind[5]).

---

[1]) Schönke-Schröder, § 223, 6

[2]) RG 64, 119

3) BGH 14, 269

[4]) Schönke-Schröder, § 223, 3

[5]) a.A . noch RG 29, 59 (aufgegeben in RG 56, 64)

Zusammenfassend kann man feststellen, daß kaum eine mißlungene Behandlung denkbar ist, die sich nicht unter die Körperverletzungstatbestände subsumieren ließe. Nur ganz unerhebliche Einwirkungen lassen sich hier ausscheiden, etwa leichtes Unwohlsein infolge einer unbekannten medikamentösen Auswirkung oder Hautjucken nach einer Strahlenbehandlung.

Anders sind solche Eingriffe zu beurteilen, die zwar fehlgegangen sind, aber keine Verschlechterung des Gesundheitszustandes, auch nicht in Form überflüssiger Begleitschäden, bewirkt haben. Solche Fälle, in denen der Arzt nur resignierend seine Bemühungen hat einstellen müssen ohne eine Beeinträchtigung des körperlichen Wohls herbeizuführen, sind nicht tatbestandsmäßig i.S. der Körperverletzungstatbestände[1]). Nur solche fehlgeschlagenen Eingriffe können unter die §§ 223, 230 subsumiert werden, die eine Beeinträchtigung des körperlichen Wohls bewirkt haben ohne damit eine Besserung der Gesundheit erreichen zu können[2]).

bb) Die eben dargestellte Einordnung der fehlgeschlagenen Behandlungen entspricht im Ergebnis derjenigen, die auch von der Judikatur zum Heileingriff eingenommen wird. Die Rechtsprechung sieht darüber hinaus aber auch den geglückten Heileingriff als Körperverletzung an, gleichgültig, ob die Maßnahme des Arztes angezeigt ist oder nicht, ob der Arzt fehlerhaft oder sachgerecht operiert und ob der Eingriff mißlingt oder Erfolg hat[3]). Diese viel angegriffene

---

[1]) vgl. Maurach AT § 44 II B 3

[2]) vgl. Bockelmann, Strafrecht des Arztes, S. 68

[3]) so ständige Rspr. seit RG 25, 375

Rspr., deren Hintergründe im Rahmen dieser Arbeit nicht interessieren[1]), betrachtet jeden Teilakt eines Eingriffs, also den einzelnen Schnitt, den Stich mit der Injektionsnadel isoliert und kommt so zu Körperverletzungshandlungen, auch wenn der Gesamtakt insgesamt zu einer Gesundheitsförderung führt. Dieser Rspr. ist hauptsächlich der Heilwille des Arztes entgegengehalten worden, der ihn vom "Messerstecher" unterscheidet; schon früh[2]) wurde darauf hingewiesen, daß der Körper als lebendes Ganzes betrachtet werden müsse, das durch eine geglückte Operation gebessert und nicht geschädigt werde.

cc) Eine besonders von Engisch vertretene Auffassung[3]), auf die noch näher eingegangen werden soll, will nun diese Gedanken auch auf den mißglückten Eingriff übertragen und ihn so schon auf dem Gebiet der Tatbestandsmäßigkeit der strafrechtlichen Beurteilung entziehen. Nach Engisch ist der Begriff der Körperverletzung "nicht äußerlich zu nehmen. Er bedeutet Körperinteressenverletzung, also Verletzung des Interesses am Wohlergehen oder am subjektiven Wohlbefinden oder am Wohlaussehen".[4])

Damit scheint Engisch eine Art teleologischer Auslegung des Körperverletzungstatbestandes vornehmen zu wollen, wenn er auch an anderer Stelle [5]) den ärztlichen Eingriff als einen Fall bezeichnet, wo "die Rechtfertigung kraft

---

[1]) vgl. dazu und zum Problem der eigenmächtigen Heilbehandlung Maurach BT § 8 II; Bockelmann, Strafrecht des Arztes, S. 50 ff und Grünwald, Heilbehandlung, S. 133 ff

[2]) Heß, a.a.O., S. 54, Anm. 4

[3]) ZStW 58, 5 ff

[4]) Engisch, ZStW 58, S. 5

[5]) a.a.O., S. 6

des Prinzips des überwiegenden Interesses zugleich die Tatbestandsmäßigkeit ausschließt".[1]) Die Abwägung der Körperinteressen - und darin unterscheidet sich Engisch von den älteren Vertretern dieses Gedankens[2]) - hat von einer Betrachtung ex ante aus zu erfolgen. "Dafür, ob ein ärztlicher Eingriff überwiegend körperliche Interessen wahrt, kann nicht maßgebend sein der zufällige wirkliche, sondern nur der zu erwartende wahrscheinliche Ausgang"[3]). Damit ist der Weg bereitet, jeden sachgerechten Eingriff, sofern er nur ex ante erfolgversprechend war, aus dem Tatbestand der Körperverletzung herauszunehmen, selbst wenn er faktisch zu einer Verschlechterung des Gesundheitszustandes geführt hat. Die Betrachtung ex ante hat weiter zur Konsequenz, daß der sachgerechte ärztliche Eingriff nicht nur außerhalb des Tatbestandes der Körperverletzung, sondern evtl. auch außerhalb des Tatbestandes der Tötung fällt.

b) Die Unterlassungsbetrachtung

Einen anderen Versuch, ärztliche Eingriffe aus dem Tatbestand der Körperverletzung herauszunehmen, hat Eb. Schmidt unternommen. Er betrachtet den fehlgeschlagenen Eingriff nach seiner "sozialen Sinnbedeutung" und kommt so zu dem Ergebnis, daß der Arzt Schädigungen nicht positiv herbeigeführt hat, sondern sie nur nicht hat abwenden können. Mit dieser Behandlung des mißglückten Eingriffs als unechtes Unterlassungsdelikt stellt nur diejenige Nichtabwendung des tatbestandsmäßigen Erfolgs eine Tatbestandserfüllung dar, welche einen Verstoß gegen eine Rechtspflicht

---

[1]) Ähnlich: Schönke-Schröder, § 223, 12; Kohlrausch-Lange Anm. III zu § 223

[2]) Stooß, Chirurgische Operation, S.9; Heß a.a.O. S. 54; Kahl ZStW 29, 369

[3]) Engisch, a.a.O. S. 9

zur Erfolgsabwendung bedeutet[1]). Gegen die Erfolgsabwendungspflicht verstößt aber ein sachgerecht behandelnder Arzt nicht, weil nach Eb. Schmidt nur ein Tätigwerden mit objektiver Erfolgsabwendungstendenz vom Recht verlangt wird. Da die der Garantenstellung zugrundeliegenden Faktoren ungeschriebene Tatbestandsmerkmale der unechten Unterlassungsdelikte sind[2]), kann auch Eb. Schmidt den fehlgeschlagenen Eingriff schon auf der ersten Stufe strafrechtlicher Beurteilung, der Tatbestandsmäßigkeit, ausscheiden.

c) Die Kausalitätsfrage

Noch eine Stufe früher, nämlich als vortatbestandliches Problem, versuchen diejenigen die Frage des fehlgeschlagenen Heileingriffs zu lösen, die schon die Kausalität einer sachgerechten Behandlung für den schädigenden Erfolg leugnen. In der Tat scheint die Bejahung der Ursächlichkeit einer Handlung für einen Erfolg der Prüfung ihrer Tatbestandsmäßigkeit logisch vorauszugehen. Die kausalen Handlungstheorien neigen denn auch dazu, die Kausalität als vortatbestandliches Problem zu sehen. Vom Standpunkt der hier vertretenen finalen Handlungsauffassung stellt sich jedoch das Kausalproblem als Grenzproblem dar. Die Handlung liegt methodisch vor dem Tatbestand, während ihr Erfolg objektives Tatbestandsmerkmal ist. Daher ist die Frage der Kausalität erst nach Bejahung der Tatbestandsmäßigkeit zu stellen, weil nur eine tatbestandsmäßige Handlung eine strafrechtlich (und nicht nur naturwissenschaftlich) relevante Ursache sein kann[3]). Im übrigen ist die metho-

---

[1]) Eb. Schmidt, Der Arzt im Strafrecht, S. 80
[2]) So die h.L., vgl. Maurach AT § 46 III A; BGH 16, 155
[3]) vgl. Maurach AT § 18 I c 1

dische Frage des Standorts zweitrangig hinter dem Streit, der um die Kausaltheorien besteht; jedenfalls hinsichtlich der praktischen Auswirkungen. Während die von der überwiegenden Meinung vertretene Bedingungs- oder Äquivalenztheorie als Erfolgsursache jede Bedingung ohne Rücksicht auf ihren Rangwert gelten läßt, versuchen andere Theorien, nebensächliche Bedingungen als Ursachen auszuschalten, was nach der Bedingungstheorie meist erst im Rahmen der Schuld erfolgen kann. Die bedeutendste dieser Kausaltheorien, die Adäquanztheorie, kann auf diese Weise gewisse atypische Kausalverläufe bei ärztlichen Eingriffen schon auf dem Gebiet des Tatbestands ausschalten. So wäre nach dieser Theorie eine Operation, die erfahrungsgemäß nicht zu einem Mißerfolg führen kann, für diesen auch nicht kausal. Auf die grundsätzliche Berechtigung dieser und ähnlicher Theorien wird unten näher einzugehen sein, ebenso wie auf die Meinungsverschiedenheiten unter den Anhängern dieser Lehren.

d) Das Fahrlässigkeitsproblem

Im Rahmen dieser Obersicht über die Problemlage sind systematisch die Auffassungen zu nennen, die den fehlgeschlagenen, sachgerechten Heileingriff als Fahrlässigkeitsproblem sehen, dieses aber allgemein in den objektiven Tatbestand verlagern. Diese, von Welzel begründete und von Boldt, Niese, Bockelmann und anderen fortgeführte und modifizierte Ansicht bezieht die Einhaltung der objektiven Sorgfalt in den Tatbestand des Fahrlässigkeitsdelikts ein. Sie geht davon aus, daß nicht jede kausale Rechtsgutsverletzung tatbestandsmäßiges Unrecht ist, sondern einen bestimmten Handlungsunwert enthalten muß. Dieser besteht bei unvorsätzlichen Handlungen in der Nichtbeachtung der generell erforderlichen Sorgfalt, d.h. darin, "daß der Täter dasjenige Maß an finaler Steuerung, das zur Vermeidung des drohenden

tatbestandsmäßigen Erfolges einer sozial als solcher nützlichen oder indifferenten Handlung erforderlich ist, nicht erbracht hat"[1]). Handlungsunwert der unvorsätzlichen Tat ist also die Beobachtung eines solchen Verhaltens, das infolge Außerachtlassung der gebotenen Sorgfalt eine Rechtsgüterverletzung verursacht. Der Arzt, der einen Heileingriff lege artis vornimmt, beachtet aber gerade die vom Recht verlangte Steuerung, seine Handlung soll daher als "sozialadäquate Gefährdung"[2]) oder wegen Einhaltung des "erlaubten Risikos"[3]) trotz Erfolgsverursachung nicht tatbestandsmäßig - rechtswidrig sein. Im einzelnen differieren die verschiedenen Auffassungen insoweit, als zum Teil Tatbestand und Rechtswidrigkeit im "Unrechtstatbestand" zusammengefaßt werden[4]), der dann alle Unrechtsmerkmale umfaßt, zum Teil aber das "erlaubte Risiko" schon den engeren Tatbestand ausschließen soll[5]). Die noch überwiegende Auffassung bejaht dagegen trotz Einhaltung der im Verkehr gebotenen Sorgfalt die Tatbestandsmäßigkeit des fahrlässigen Delikts und wertet die Einhaltung der generellen Sorgfaltspflicht als besonderen Rechtfertigungsgrund für fahrlässige Delikte[6]). Das Fahrlässigkeitsproblem erstreckt sich damit über alle Stufen des Deliktsaufbaus, da die ältere Auffassung die Frage der Einhaltung der Sorgfaltspflicht in der Schuldprüfung behandelt. Es erscheint somit

---

[1]) Maurach AT § 43 II B 1

[2]) Welzel ZStW 58, S. 516

[3]) Arthur Kaufmann, Schuld und Strafe, S. 225; der Begriff wird vielfach gleichbedeutend mit "Sozialadäquanz" verwendet (vgl. auch unten)

[4]) So etwa Schaffstein ZStW 72, 369

[5]) So die ursprüngliche Auffassung von Welzel in ZStW 58, 491 ff

[6]) vgl. Schönke-Schröder (§ 59, 165), der aber beim schädigenden Heileingriff unter bestimmten Voraussetzungen keine Körperverletzung annimmt (§ 223, 10 ff)

sachgemäß, die Fahrlässigkeitsproblematik unten im Zusammenhang und gelöst von den übrigen Ansichten zum Heileingriff zu untersuchen.

2.) Der subjektive Tatbestand

Bisher wurden nur die Probleme aufgezeigt, die der ärztliche Heileingriff im Rahmen des objektiven Körperverletzungstatbestandes aufwirft. Dieser objektive Teil des Tatbestands ist bei vorsätzlicher und fahrlässiger Begehung gleich. Die Abgrenzung, ob der Arzt eine vorsätzliche oder fahrlässige Körperverletzung[1]) begangen hat, vollzieht sich auf dem Gebiet des subjektiven Tatbestands: "Während sich bei den Vorsatztaten die Finalität der Handlung auf den tatbestandsmässigen Erfolg richtet und damit zum Vorsatz wird, bezieht sich die Finalität der in den fahrlässigen Straftaten enthaltenen Handlungen auf einen zwar ebenfalls bestimmten, aber strafrechtlich meist indifferenten, jedenfalls aber außertatbestandlichen Erfolg"[2]). Die fahrlässige Tat ist somit durch mangelnde Kongruenz von objektivem Tatbestand und subjektiver Vorstellung gekennzeichnet[3]).

Gerade diese Situation ist kennzeichnend für die überwiegende Zahl fehlgeschlagener Heileingriffe: der Operateur nimmt einen Eingriff vor, der sich "final" auf die Heilung des Patienten richtet, erreicht aber die ungewollte Schädigung. Nicht immer wird allerdings der Arzt vom unglücklichen

---

[1]) Für die Tötung gilt entsprechendes

[2]) Maurach AT § 42 I A

[3]) Dies entspricht der hier vertretenen finalen Handlungslehre, wie sie bei Maurach ihre Ausprägung gefunden hat (vgl. AT §§ 17 und 42)

Ausgang seines Eingriffs überrascht. Er weiß, daß "auch der geschickteste Arzt nicht mit der Sicherheit einer Maschine arbeitet, daß trotz aller Fähigkeit und Sorgfalt des Operateurs ein Griff, ein Schnitt oder ein Stich mißlingen kann"[1]). Besonders bei risikoreichen Maßnahmen ist sich der Arzt klar darüber, daß bei aller Sorgfalt ein Fehlschlag eintreten kann; so kann er heute z.B. bei der Einsetzung einer künstlichen Herzklappe von vornherein nur mit einer Erfolgsaussicht von etwa 80 % rechnen. Der Arzt weiß also, daß er mit einer mehr oder minder großen Wahrscheinlichkeit einen tatbestandsmäßigen Verletzungserfolg herbeiführen wird. Trotzdem reicht dieses Wissen nicht aus, einen mit den objektiven Tatbestandsmerkmalen kongruenten subjektiven Tatbestandsteil, also Vorsatz, anzunehmen. Das gilt bei riskanten Operationen auch hinsichtlich des bedingten Vorsatzes, der sich von der (bewußten) Fahrlässigkeit nicht durch Erfolgswissen, sondern durch den Erfolgswillen unterscheidet[2]).

Diese Abgrenzung wird allerdings von den Anhängern der sog. "Wahrscheinlichkeitstheorie" bestritten. Nach dieser Auffassung ist die Abgrenzung von Vorsatz und Fahrlässigkeit nach dem Grad der Möglichkeit des Erfolgseintritts vorzunehmen. Vorsatz liegt danach vor, wenn sich der Täter mehr als die bloße Möglichkeit des Erfolgseintritts vorstellt[3]), oder mit der Tatbestandsverwirklichung "rechnet"[4]). Stellt man dementsprechend auf den Grad des Wissens um den Erfolg ab, so muß man bei einem Arzt, der bei einer lebensgefährlichen Operation mit dem Tod des Patienten rechnet, (bedingten) Vorsatz annehmen[5]). Diese Konsequenz

---

[1]) RGZ 78,432

[2]) Maurach AT § 22 III B

[3]) So H. Mayer AT S. 250; Sauer AT S. 177

[4]) Welzel 11. A, S. 68 ff

[5]) Nach der hier vertretenen komplexen Tatbestandsbetrachtung der finalen Handlungslehre wäre dieser Mißhandlungs-

ist unbillig und daher, wie auch die Wahrscheinlichkeitstheorie insgesamt, abzulehnen. Sie ist auch nicht praktikabel, da zwischen Wahrscheinlichkeit eines Erfolgseintritts und der bloßen Möglichkeit nur ein gradueller Unterschied besteht, der nicht für die Abgrenzung von Vorsatz und Fahrlässigkeit entscheidend sein darf[1]).

Mit der überwiegenden Ansicht muß daher die Abgrenzung in der Willenseinstellung des Täters gesucht werden (sog. Einwilligungstheorie). Der Arzt handelt danach nur dann im Sinne einer Körperverletzung vorsätzlich, wenn er sich den Eintritt des tatbestandsmäßigen Erfolgs als möglich vorgestellt hat und dazu eine bestimmte Willensrelation besteht[2]). Je nach der Stärke dieses Willensmoments lassen sich innerhalb der Einwilligungstheorie verschiedene Ausprägungen unterscheiden. Die geringsten Anforderungen stellt die Auffassung, die eine bloße Inkaufnahme des Erfolgs für den Vorsatz genügen läßt; schon "die Gleichgültigkeit des Täters gegenüber der Möglichkeit eines schädigenden Ausgangs" ist danach ausreichend[3]). Schon nach dieser, den Bereich des Vorsatzes sehr weit ausdehnenden Auffassung läßt sich die Annahme eines bedingten Vorsatzes beim lege artis handelnden Arzt meist nicht rechtfertigen. Denn der Heilungswille wird in der Regel eine gleichgültige oder "frivole" Inkaufnahme eines Mißerfolgs ausschließen. Es sind aber auch Behandlungssituationen denkbar, in denen sich der Arzt "die reale Möglichkeit der Rechtsverletzung vor Augen hält und dennoch auf diese Gefahr hin seine Handlung durchführt"[4]); so liegt der Fall z.B. bei Herzverpflan-

---

[1]) Schönke-Schröder § 59, 52; vgl. a. Dreher § 59 II B 4

[2]) Maurach AT, § 22 III B

[3]) Schönke-Schröder § 59, 59

[4]) Schönke-Schröder (§ 59, 59) nehmen dann Vorsatz an

zungen, wo der Patient ohne den Eingriff keine, mit ihm aber eine ganz geringe Überlebenschance hat. Es hieße den Bereich des Vorsatzes zu weit auszudehnen, wollte man hier eine vorsätzliche Tötung bejahen[1]). Mit der wohl überwiegenden Ansicht ist daher für die Annahme von bedingtem Vorsatz zu verlangen, daß der Täter "mit den von ihm als möglich erkannten Folgen seiner Handlung einverstanden gewesen ist und sie innerlich gebilligt hat"[2]). Damit liegt auch bei noch so riskanten Operationen - immer vorausgesetzt, sie sind nach den anfangs dargelegten Grundsätzen sachgerecht, d.h. also auch indiziert - keine vorsätzliche Tötung vor, weil der lege artis handelnde Arzt mit dem Mißerfolg seines Handelns nie einverstanden ist, sondern ihn - mit welcher Erfolgsaussicht auch immer - gerade vermeiden will[3])[4]).

Als Ergebnis bleibt festzuhalten, daß der fehlgeschlagene aber sachgerecht durchgeführte Heileingriff durch einen Mangel am subjektiven Tatbestand, also durch fehlende Kongruenz des objektiven und subjektiven Tatbestandsteils gekennzeichnet ist. Eine Beurteilung ist daher nur unter dem Aspekt der fahrlässigen Körperverletzung oder Tötung vorzunehmen.[5])

---

[1]) vgl. Dreher § 59 II B 4

[2]) RGSt 72, 36 ff

[3]) Mezger-Blei StuB I S. 190

[4]) Näheres zu den verschiedenen Spielarten der Einwilligungstheorie bei Maurach AT § 22 III B

[5]) Maurach BT § 8 II 2

II. Die Rechtswidrigkeit beim fehlgeschlagenen Eingriff

Systematisch als nächstes ist im Rahmen dieses Überblicks die Stufe der Rechtswidrigkeit darzustellen, eine Stufe, auf der die wohl herrschende Ansicht die Entlastung des sachgemäß handelnden Arztes vornehmen will.

1. Das Fahrlässigkeitsproblem

Die Ansichten, die schon auf der Tatbestandsseite eine Lösung durch die Gedanken des erlaubten Risikos oder der Sozialadäquanz herbeizuführen suchen, finden ihre systematische Fortführung im Rechtswidrigkeitsbereich. Während heute überwiegend anerkannt ist, daß ein Fahrlässigkeitsvorwurf nur gemacht werden kann, wenn der Täter die allgemein nötige, generelle Sorgfaltspflicht verletzt hat und außerdem hinter der ihm persönlich möglichen individuellen Leistungsfähigkeit zurückgeblieben ist, ist der Standort dieser doppelten Pflichtverletzung nicht geklärt[1]). Die oben erwähnte moderne Lehre ordnet sie in den objektiven Tatbestand oder - je nach Verbrechensaufbau - in den Unrechtstatbestand ein, wobei freilich die dogmatischen Begründungen nicht einheitlich sind[2]). Die heute wohl noch überwiegende Auffassung berücksichtigt dagegen die Einhaltung der erforderlichen Sorgfalt im Rahmen der eigentlichen Rechtswidrigkeit. Doch lassen sich auch hier verschiedene Richtungen unterscheiden.

---

[1]) Überhaupt gegen einen doppelten Sorgfaltsmaßstab sind z.B. Schönke-Schröder, § 59, 178 und Dreher, § 59 III A 3

[2]) vgl. z.B. die verschiedenen Konstruktionen in der Lehre Welzels, zusammengestellt bei Schaffstein ZStW 72, 369

Die Grundlagen dieser Theorie finden sich schon bei Binding[1]) und Exner[2]). So verneint Exner beim sachgemäß handelnden Arzt die Rechtswidrigkeit einer Körperverletzungshandlung: "Ist die Operation im konkreten Fall indiziert und fachgemäß durchgeführt, so trifft den Arzt kein Vorwurf, wenn auch der endliche Ausgang ein unglücklicher sein sollte, denn er ist dann Folge einer erlaubten Handlung und mangels Rechtswidrigkeit vom Urheber nicht zu vertreten"[3]). Diese Auffassung, die auf einen besonderen Rechtfertigungsgrund der "erlaubten Gefährdung" für Fahrlässigkeitsdelikte hinausläuft, hat durch den BGH eine gewisse Bestätigung gefunden. Er hat auf dem Gebiet des Zivilrechts für den Straßen- und Schienenverkehr den Rechtfertigungsgrund des "verkehrsrichtigen Verhaltens" entwickelt, sich auf eine dogmatische Begründung allerdings nicht eingelassen[4]). Während die Entscheidung des BGH in der zivilrechtlichen Literatur vielfach auf Widerstand gestoßen ist[5]), wurde sie im Strafrecht weitgehend begrüßt[6]). Es finden sich aber auch Stimmen, die auf die bloße Unverbotenheit oder die rechtliche Neutralität der Handlung hinweisen[7]).

Die überwiegende moderne Dogmatik behandelt dagegen die Einhaltung der objektiv gebotenen Sorgfalt im Rahmen des

---

[1]) Normen IV 2, S. 509 ff

[2]) Wesen der Fahrlässigkeit, S. 193 ff

[3]) a.a.O., S. 194

[4]) BGH Z 24, 27

[5]) z.B. Wiethölter, Verkehrsrichtiges Verhalten, S. 9 ff

[6]) vgl. Schönke-Schröder, § 59, 165; Oehler, Erlaubte Gefahrsetzung, S. 243

[7]) Wimmer, Zufallsproblem, S. 521 ff und Ambivalenz, S. 420 ff; ferner Dunz, Verkehrsrichtiges Verhalten, S. 507

Unrechtstatbestands der fahrlässigen Delikte und zwar hier als besonderen Rechtfertigungsgrund[1]). Kern dieser Auffassung ist die Erkenntnis, daß bei riskanten aber sozial nützlichen Handlungen mit der Einhaltung der objektiv erforderlichen Sorgfalt der Handlungsunwert entfällt. Entgegen der traditionellen Anschauung, die bei Fahrlässigkeitsdelikten dem rechtlich mißbilligten Erfolg der Handlung entscheidende Bedeutung für die Rechtswidrigkeit beimißt, betrachtet diese neuere Meinung den Handlungsunwert als das wesentliche Unrechtselement auch der Fahrlässigkeitsdelikte[2]). Während die schon mehrfach erwähnte Richtung, die insbesondere von Welzel, Hirsch und Niese vertreten wird, daraus den Schluß der fehlenden Tatbestandsmäßigkeit zieht, läßt die Mehrzahl der Vertreter dieser Grundauffassung durch Einhaltung der generell nötigen Sorgfalt nur die Rechtswidrigkeit der fahrlässigen Tat entfallen und damit zum Teil auch den sog. Unrechtstatbestand.

2.) Sonstige Rechtfertigungsgründe

Neben den gerade erwähnten generellen Unrechtsausschliessungsgründen für Schädigungen infolge einer rechtmäßigen Risikohandlung lassen sich auch Rechtfertigungsgründe denken, die den ärztlichen Heileingriff im Einzelfall und unabhängig von der dogmatischen Grundauffassung als gerechtfertigt erscheinen lassen. Diese Rechtfertigungsgründe sollen im folgenden nur kurz angemerkt werden und einer späteren näheren Darstellung vorbehalten bleiben.

---

[1]) Schönke-Schröder, § 59, 165; Dreher § 59 III A 3; Oehler a.a.O., S. 243

[2]) vgl. Niese, Heileingriff, S. 368

a) Als Rechtfertigungsgrund ist in erster Linie die Einwilligung des Patienten zu nennen, die infolge der Rechtsprechung zum Heileingriff gerade bei geglückten Behandlungen eine große Rolle spielt[1]). Aber auch beim fehlgeschlagenen Eingriff kann die Einwilligung des Patienten von Bedeutung sein. Dies ist allerdings nicht der Fall, wenn die Preisgabe eines unverzichtbaren Rechtsgutes, wie es das Leben ist, auf dem Spiel steht. Daher ist die Einwilligung in risikoreiche Operationen, die das Leben des Patienten gefährden, unerheblich[2]). Bei Verzichtbarkeit des Rechtsgutes, z.B. der Körperintegrität, kann aber Einwilligung in Frage kommen, wenn auch ein Patient nie direkt mit seiner Schädigung einverstanden sein wird. Denkbar ist aber, daß der Patient von vornherein den tatbestandsmäßigen Erfolg als möglich voraussieht, weil er die schlechten Erfolgsaussichten der Operation erkennt, trotzdem aber in den Eingriff als die größere Chance einwilligt. Eine rechtfertigende Einwilligung ist aber auch in der Form denkbar, daß sich der Patient mit der Risikohandlung einverstanden erklärt, die objektiv eine Verletzungstendenz in sich trägt. Die Problematik beider Fälle sowie die Voraussetzungen für eine wirksame Einwilligung wird unten noch näher darzustellen sein.

b) Gleiches gilt von den Begriffen der "sozialen Adäquanz" und des "erlaubten Risikos". Soweit diese Formeln nicht gleichbedeutend mit der "im Verkehr erforderlichen Sorgfalt" gebraucht werden und damit innerhalb des Aufbaus der Fahrlässigkeitsdelikte zum Tragen kommen,werden sie vielfch

---

[1]) s.o. Kap. 2 § 1 I 1 a

[2]) Maurach AT § 43 II C; BGH 7, 114

als eigenständige, gewohnheitsrechtliche Rechtfertigungsgründe angesehen[1]). Im einzelnen sind aber die Begriffsinhalte keineswegs geklärt, insbesondere ist unklar, welches Verhältnis zum objektiven Fahrlässigkeitsmaßstab besteht. Auch fehlt eine Abgrenzung von "sozialadäquatem" Verhalten zum erlaubten Risiko. Diese Fragen, wie auch die Berechtigung und Bedeutung dieser Formeln überhaupt, werden später näher behandelt.

c) Als ein für Heileingriffe denkbarer Rechtfertigungsgrund bleibt noch der rechtfertigende Notstand zu nennen[2]). Dieser von der Rechtslehre entwickelte[3]) und von der Rechtsprechung seit RGSt 61, 242 anerkannte Rechtfertigungsgrund beruht auf der Erwägung, daß es in Konfliktfällen den einer jeden Rechtsordnung immanenten Zielen entspricht, ein an sich geschütztes Rechtsgut zu opfern, falls dies im Vergleich zur Hinnahme des drohenden Schadens als das geringere Obel erscheint[4]). Diese die Notstandslage charakterisierende Kollision mehrerer berechtigter Interessen kann auch bei einem ärztlichen Eingriff vorliegen. Sie rechtfertigt den Arzt, wenn er in einer "gegenwärtigen, nicht anders abwendbaren Gefahr für ein Rechtsgut eine Tat begeht, um die Gefahr von ... einem anderen abzuwenden, und wenn

---

[1]) So für die "Sozialadäquanz" Welzel in der 5. A. seines Lehrbuches, S. 69 ff. Für das "erlaubte Risiko" H. Mayer, AT, S. 187

[2]) Darüber hinaus sind eine Vielzahl von "gewohnheitsrechtlichen" Rechtfertigungsgründen entwickelt worden, die aber heute bedeutungslos sind. Sie sollen in einem historischen Rückblick erwähnt werden. (Kap. 3 § 1 d.A.)

[3]) vgl. Binding, Handb. I S. 760

[4]) Schönke-Schröder, Vor§ 51, 50 ff

bei Abwägung der widerstreitenden Interessen, namentlich der betroffenen Rechtsgüter und des Grades der ihnen drohenden Gefahren, das von ihm geschützte Interesse das beeinträchtigte wesentlich überwiegt"[1]). Ein solcher Fall des überwiegenden Interesses kann z.B. vorliegen, wenn der Arzt zur Rettung des Lebens einer Patientin eine Schwangerschaftsunterbrechung durchführt, an welcher der Embryo sterben muß. Doch ist das keine spezifische Frage des sachgemäßen Heileingriffs und kann daher außerhalb der Erörterungen dieser Arbeit bleiben.

Darüber hinaus spielen Fälle eines rechtfertigenden Notstands für Heileingriffe m.E. keine Rolle. Wie eben ausgeführt, verlangt der gewohnheitsrechtlich anerkannte übergesetzliche Notstand die Kollision zweier Rechtsgüter, von denen das geringwertigere nach Vornahme einer Güter- und Pflichtenabwägung als letztes Mittel verletzt werden darf[2]). Diese Interessenlage[3]) ist aber auch bei sogenannten "Notoperationen" i.d.R. nicht gegeben, bei denen der Arzt vor der Entscheidung steht, den Patienten dem sicheren Tod zu überlassen oder eine wahrscheinlich auch tödliche Operation zu versuchen. Denn einmal stehen sich hier nicht aufwägbare Lebensinteressen gegenüber, zum anderen liegt keine Kollision verschiedener Güter, sondern Identität vor. Situationen, in denen die Rechtsgutsverletzung die einzige Chance war, eben dieses Rechtsgut zu retten, sind deshalb keine eigentlichen Notstandsfälle, sondern unterfallen der - freilich auch Notstandsgedanken enthaltenden - Zwecktheorie[4]). Diese muß aber wegen ihrer begrifflichen Unschärfe

---

[1]) § 34 2. Str.R.G.; § 12 S. 1 OWiG

[2]) vgl. RG 61, 242

[3]) wie auch eine etwaige rechtfertigende Pflichtenkollision

[4]) Ebenso Welzel, 5. A.S. 75; und sinngemäß auch 11. A. S.91

als eigenständiges Rechtfertigungsprinzip abgelehnt werden. Die Fälle eines ärztlichen Handlungszwanges lösen sich auch anderweitig befriedigend, weil sich die Grenzen der generell gebotenen Sorgfalt nach dieser Zwangslage bemessen.

III. Die Tatverantwortung

Dieses von Maurach geprägte Zuordnungskriterium trifft für jedes generell sorgfältige, unvorsätzliche Handeln zu und ist zwischen Rechtswidrigkeit und Schuld angesiedelt: "Die unvorsätzliche Verursachung des tatbestandsmäßigen Erfolgs bedingt bei den Fahrlässigkeitstatbeständen, falls der Täter sich nicht auf einen Rechtfertigungsgrund berufen kann, das Unrecht seiner Tat. Zurechenbar ist ihm dieses Unrecht aber nur, wenn er verantwortlich und schuldhaft gehandelt hat"[1]). Die erste Stufe innerhalb der Zurechenbarkeit, die Tatverantwortung, begründet dabei nur die Haftung des Täters, sagt aber noch nichts über seine individuelle Schuld aus. In die Tatverantwortung verlegt Maurach deshalb die Prüfung der objektiv erforderlichen Sorgfalt, die er mit dem "erlaubten Risiko" identifiziert. Damit kann er die letzte Stufe, die Schuld, für die rein individuelle Beurteilung des Täters freihalten. Umgekehrt gesehen kann Maurach dem sachgemäß handelnden Arzt bescheinigen, daß er nicht haftet, sondern sich rechtlich einwandfrei, d.h. innerhalb der an jeden zu stellenden Anforderungen verhalten hat.

Die Behandlung des "erlaubten Risikos" im Unrechtsbereich lehnt Maurach ab, weil die Handlung mit dem durch sie verursachten rechtswidrigen Erfolg belastet ist, der nach der Struktur der fahrlässigen Verletzungsdelikte allein für das Unrecht entscheidend sein soll[2]). Daher ist nach Maurach auch der mißglückte Heileingriff rechtswidrig, ganz ohne Rücksicht darauf, ob die Risikohandlung rechtmäßig war oder nicht: "Der in seinen Voraussetzungen gerechtfertigte, aber mißglückte Eingriff ist damit als solcher zwar

---

[1]) Maurach AT § 44 I

[2]) Maurach AT § 44 II

rechtswidrig, doch begründet dies kein Unwerturteil über den Täter; Die Innehaltung des verkehrsüblichen Risikos beseitigt die Tatverantwortung des Handelnden, ohne daß es auf die Prüfung der individuellen Schuld ankommen könnte"[1]).

---

[1]) Maurach, BT § 8 II 3

IV. Die Schuld

Als letzte Möglichkeit im Rahmen des Verbrechensaufbaus läßt sich der sachgemäße Heileingriff schließlich noch innerhalb der Schuldprüfung behandeln. Diesen Weg sind die in der Vergangenheit überwiegenden Fahrlässigkeitstheorien gegangen, die sowohl die Verletzung der dem Täter individuell möglichen Sorgfalt wie auch die der generell gebotenen in den Schuldbereich verlegten[1]). Danach liegt Fahrlässigkeitsschuld im Widerspruch erst zum Sollen und dann zum Können[2]). Es findet demgemäß eine einheitliche stufenweise Beurteilung von verschiedenen Gesichtswinkeln aus statt (Mezger). Steht fest, daß der Arzt trotz Verursachung des tatbestandsmäßigen Erfolgs die im Verkehr erforderliche generelle Sorgfalt aufgebracht hat, also lege artis gehandelt hat, so entfällt damit eine Grundkomponente seiner Schuld, so daß er ohne Rücksicht auf sein persönliches Können mangels Schuld freizusprechen ist[3]).

Ergebnis

Damit steht das Ergebnis der Betrachtung des sachgemäß durchgeführten Heileingriffs, die sich über so viele Gebiete des Strafrechts erstreckt, fest: der Arzt kann in keinem Fall bestraft werden. Dieses Ergebnis allein kann aber, so richtig es ist, nicht befriedigen. Freispruch und Freispruch sind zweierlei. Der Arzt hat ein berechtigtes Interesse daran, den sozialen Wert seiner Handlung bescheinigt zu er-

---

[1]) So Hippel, Strafrecht II S. 361 f; Frank § 59 VIII 4; Mezger StuB I S. 191 ff; anders aber jetzt Mezger-Blei StuB I S. 217 f

[2]) vgl. die Darstellung bei Maurach, Schuld, S. 75

[3]) vgl. Mezger StuB I S. 192

halten und nicht erst vom individuellen Vorwurf der Schuld loszukommen[1]). Schließlich muß er auch wissen, wie er sich gegebenenfalls gegen eine strafrechtliche Haftung absichern kann. Daß den Ärzten die dogmatische Lösung der Frage nicht ganz gleichgültig ist, zeigen schon die heftigen Reaktionen gegen die Gleichsetzung von Operation und Körperverletzung: "Ein Chirurg kann das überhaupt nicht fassen, denn eine Operation und eine Körperverletzung haben - nach unserer Ansicht wenigstens - nur ein einziges Merkmal gemeinsam, das ist die Durchtrennung von Körpergeweben"[2]).

Nicht geringer ist das Klärungsbedürfnis der Patienten; denn nur von einem solchen Arzt darf er Heilung erhoffen, der in seiner Verantwortungsbereitschaft nicht durch den drohenden Vorwurf einer tatbestandsmäßig - rechtswidrigen und rechtlich mißbilligten Körperverletzung gelähmt wird[3]). Auch der Gesetzgeber wird am Problem des ärztlichen Eingriffs deshalb nicht vorbeigehen. Inwieweit allerdings eine Klärung auch des sachgemäß vorgenommenen und mißglückten Eingriffs zu erwarten ist, wird der folgende Abschnitt zeigen.

---

[1]) Maurach BT § 9 8 II

[2]) Karl H. Bauer, offene Fragen, S. 47

[3]) Maurach a.a.O.

§ 2 Die Behandlung des Problems in der Strafrechtsreform

I.) Die Entwürfe von 1909 bis 1930 [1])

1.) Die Reformarbeiten am StGB setzten schon 1909 mit dem "Vorentwurf zu einem neuen deutschen StGB" ein, den eine Praktikerkommission seit 1906 erstellt hatte. Obwohl die Reichsgerichtsentscheidung vom 31.5.1894 (RG 25, 375) jeden ärztlichen Eingriff als Körperverletzung qualifiziert, und damit eine lebhafte wissenschaftliche Diskussion ausgelöst hatte, befaßte sich der Vorentwurf nicht mit diesem Problem; man glaubte, daß die Fragen des ärztlichen Heileingriffs ohne Ausspruch des Gesetzgebers gelöst werden könnten[2]). Diese Ansicht geht wohl auf den Einfluß von Stooß und Löffler zurück, die darauf hinwiesen, daß der ärztliche Eingriff hinsichtlich des Rechtsguts der körperlichen Integrität den gleichen Schutz erstrebe, wie die Norm des § 223 und deshalb mit ihr nicht in Widerspruch treten könne. Wegen Identität von Geschütztem und Verletztem sei die Operation daher keine Körperverletzung[3]). Dementsprechend war der Vorentwurf der Ansicht, daß der innerhalb seines Heilauftrags handelnde Arzt, wenn er lege artis verfahre, schon objektiv betrachtet nicht rechtswidrig handle, jedenfalls aber der Körperverletzung der Vorsatz fehle. Ob dies auch für den fehlgeschlagenen Eingriff gelten sollte, wurde nicht erwähnt.

---

[1]) Mitgeteilt in den Materialien zur Strafrechtsreform

[2]) Begründung zum Vorentwurf S. 252 f und 659 f (zit. nach Eb. Schmidt, Arzt im Strafrecht, S. 118)

[3]) Stooß, Chirurgische Operation, S. 3 f; Löffler, S. 247

2.) Trotz prinzipiell günstiger Aufnahme des Vorentwurfs ist diese Behandlung des Heileingriffs auf Widerstand gestoßen . Der von Vertretern der Wissenschaft erarbeitete "Gegenentwurf" suchte dieser Kritik Rechnung zu tragen. Er brachte im § 279 im Abschnitt "Freiheitsberaubung" eine gesonderte Bestimmung über die eigenmächtige Heilbehandlung. Daraus sollte zu schließen sein, "daß ein ärztlicher Eingriff, der zu Zwecken der Heilbehandlung oder zu anderen gleichwertigen Zwecken unter Beachtung der Regeln der ärztlichen Kunst und Wissenschaft gemacht wird, auch bei fehlender Zustimmung des Behandelten niemals als Körperverletzung bestraft werden kann"[1]). Auf eine ausdrückliche Regelung wurde deshalb verzichtet. Nach der Begründung zum Gegenentwurf sollte aber nur die Tatbestandsmäßigkeit unter dem Gesichtspunkt der Körperverletzung ausgeschlossen sein, d.h. nur die eigentliche operative Maßnahme, der einzelne Schnitt, den ja das Reichsgericht schon isoliert als Körperverletzungshandlung und an sich tatbestandsmässig angesehen hatte, sollte ausgeklammert werden. Damit blieben die als Folgen eines Eingriffs möglicherweise eintretenden Schädigungen an Leib und Leben unberücksichtigt, ihre Tatbestandsmäßigkeit unter dem Gesichtspunkt der Körperverletzung oder Tötung blieb nach wie vor unberührt.

3.) Auf der Grundlage dieser Vorarbeiten wirkte von 1911 bis 1913 eine gemischte Kommission, die als Ergebnis ihrer Beratungen 1913 den sogenannten "Kommissionsentwurf" vorlegte. Dieser Entwurf brachte insofern einen Rückschritt, als eine sich an § 278 des Gegenentwurfs anlehnende Lösung abgelehnt wurde. Man hielt an der Tatbestandsmäßigkeit des

---

[1]) zit. nach Eb. Schmidt, Arzt im Strafrecht, S. 119

ärztlichen Eingriffs fest und brachte in § 293 nur einen Passus, der einen mit Einwilligung des Verletzten vorgenommenen Eingriff als nicht rechtswidrig bezeichnete.

4.) Nach dem 1. Weltkrieg folgte 1919 eine Oberarbeitung des Kommissionsentwurfs, die 1921 als halbprivate Arbeit veröffentlicht wurde. Sachlich nimmt dieser Entwurf zum ärztlichen Eingriff einen "grundsätzlich anderen Standpunkt" ein. Die Tatbestandsmäßigkeit im Sinne der Körperverletzung wurde nach dem Vorbild des § 279 des Gegenentwurfes 1911 stillschweigend wieder aufgegeben. Für die eigenmächtige Heilbehandlung wurde in § 313 eine Sonderregelung getroffen. Wiederum unklar blieb jedoch, ob nur der Eingriff als solcher außerhalb der Tatbestandsmäßigkeit bleiben sollte[1]), ob ob auch ungünstige Operationsfolgen ausgenommen waren.

5.) Die folgenden Entwürfe liegen auf der gleichen Linie, treffen aber zur Frage der Tatbestandsmäßigkeit des ärztlichen Eingriffs nicht nur eine indirekte Aussage,sondern nehmen direkt in einer besonderen Norm innerhalb der Körperverletzungsdelikte Stellung. Zu erwähnen sind der 1922 vorgelegte Entwurf des Heidelberger Professors und damaligen Reichsjustizministers Radbruch, und der amtliche Entwurf von 1925, der 1927 nach Beratung durch den Reichsrat dem Reichstag zugeleitet und dort unter dem Ausschußvorsitz von Wilhelm Kahl die Gestalt des Entwurfs 1930 erhielt.

---

[1]) Dafür spricht, daß man sich bewußt von RG 25, 375 distanzieren wollte, wo ein gelungener Eingriff als Körperverletzung bewertet wurde.

Den Standpunkt dieser Entwürfe zum Heileingriff kann man mit den Begründungen[1]) folgendermaßen kennzeichnen: "ist die Kunstmäßigkeit und die durch die ärztliche Standespflicht bestimmte Zulässigkeit des Eingriffs zu bejahen, so liegt eine Körperverletzung auch dann nicht vor, wenn der Heilerfolg ausbleibt." Was aber in den Fällen gelten soll, wo der Heileingriff zu Gesundheitsschäden oder gar zum Tod führt, wird auch in diesen Reformwerken nicht gesagt. "Wieder ist zwar der Eingriff als solcher ins Auge gefaßt, das Problem des ungünstigen Ablaufs des Eingriffs aber unerörtert geblieben"[2]). Dies trifft auch für die unter dem Nationalsozialismus durch den Reichsjustizminister Gürtner fortgeführten Reformarbeiten zu. Auch der 1936 von der amtlichen Strafrechtskommission aufgestellte Entwurf löste das Problem der mißglückten Operation, insbesondere das des tödlich verlaufenen Eingriffs nicht. Gesetzeskraft hat im übrigen keiner der Entwürfe von 1909 bis 1936 erlangt.

---

[1]) Amtl. Entwurf 1925 S. 123; Entwurf 1927 S. 133

[2]) Eb. Schmidt, Arzt im Strafrecht, S. 122.
Zur Kritik am E 27 vgl. auch Heimberger, Arzt im Strafrecht, S. 402 f.

II. Die Entwürfe von 1960 und 1962

1.) Nach dem 2. Weltkrieg setzte die Strafrechtsreformbewegung 1954 wieder ein, als die große Strafrechtsreform von Bundesjustizminister Dehler und seinem Nachfolger Neumayer erneut in Angriff genommen wurde. Als erstes Ergebnis erschien 1958 der Entwurf des Allgemeinen Teils eines Strafgesetzbuches (E 1958), dem 1960 der Gesamtentwurf mit Begründung folgte (E 1960). Der jetzt vorliegende E 1962 baut im wesentlichen auf ihm auf, zur Frage des Heileingriffs entspricht er ihm. Im E 1962 ist in § 161 folgende Regelung getroffen: "Eingriffe und andere Behandlungen, die nach den Erkenntnissen und Erfahrungen der Heilkunde und den Grundsätzen eines gewissenhaften Arztes zu dem Zweck angezeigt sind und vorgenommen werden, Krankheiten, Leiden, Körperschäden, körperliche Beschwerden oder seelische Störungen zu verhüten, zu erkennen, zu heilen oder zu lindern, sind nicht als Körperverletzung strafbar."

In dieser Sonderregelung ist zugleich auch der Begriff der Heilbehandlung[1]) durch erschöpfende Aufzählung ihrer Gegegenstände[2]) abgegrenzt: Krankheiten sind im Sinne von rein körperlichen Regelwidrigkeiten zu verstehen, Leiden als dauernde körperliche oder seelische, vom Betroffenen als belastend empfundene Beeinträchtigungen, Körperschäden sind nach der amtlichen Begründung nicht-krankhafte körperliche Dauerzustände, während körperliche Beschwerden

---

[1]) Zum Unterschied von Eingriff und Behandlung s.o. 1. Kap. § 1 I

[2]) E 1962 (Amtl. Begründung), S. 296 f

im Sinne von "mit subjektivem Unbehagen verbundenen Körperzuständen" zu sehen sind.

Die so umschriebene Heilbehandlung[1]) ist nicht als Körperverletzung strafbar, wenn sie der lex artis und den"Grundsätzen eines gewissenhaften Arztes" entspricht. "Hierdurch soll die Rechtssprechung in die Lage versetzt werden, bestimmte schwerwiegende Behandlungen (z.B. Risikohandlungen, die mit der Gefahr des Todes oder eines schweren Gesundheitsschadens verbunden sind) nur bei Einwilligung des Patienten als Heilbehandlung anzuerkennen, dann nämlich, wenn die ärztliche Standesethik die betreffenden Behandlungsarten nur mit Einwilligung des Patienten als kunstgerecht ansieht"[2]).

Diese Einschränkung ist vielfach angegriffen worden. Hauptsächlich wurde darauf hingewiesen, daß dann je nach Auslegung des Begriffs "gewissenhafter Arzt" drei Fälle zu unterscheiden wären: holt der Arzt nach den Geboten seiner Standesethik eine Einwilligung des Patienten ein, kann er nicht wegen Körperverletzung bestraft werden (§ 161). Er kann aber wegen eigenmächtiger Heilbehandlung mit derselben Strafe (Gefängnis bis zu drei Jahren) belegt werden, wenn er die "strengeren" Anforderungen des Rechts hinsichtlich der Voraussetzungen einer Einwilligung nicht erfüllt (§ 162). Ist er "sogar" hinter den Anforderungen seiner Standesethik zurückgeblieben, so kann er auch wegen Körperverletzung bestraft werden[3]). In der Tat ist es nicht gerade glücklich, in § 162 die eigenmächtige Heilbehandlung zu regeln, um

---

[1]) die sich begrifflich im wesentlichen mit dem deckt, was oben als objektives Moment des Heileingriffs dargestellt wurde.

[2]) Amtl. Begründung (E 1960) S. 281; E 1962 S. 298

[3]) Grünwald, a.a.O., S. 153

dann die (sachfremde) Frage der Einwilligung doch wieder in die Körperverletzungsproblematik hereinzubringen[1]).

2.) Liegt nun aber eine Heilbehandlung im Sinne der geschilderten (angreifbaren) Voraussetzungen des § 161 vor, hat also der Patient nach den Anforderungen der Standesethik eingewilligt, so ist allerdings auch das Problem des mißglückten Eingriffs vom Ergebnis her - wenigstens zum Teil - gelöst: "Liegt eine Heilbehandlung i.S. von § 161 vor, so ist es für den Ausschluß der Strafbarkeit wegen Körperverletzung ohne Bedeutung, ob ... der Patient einwilligt oder nicht und ob die Behandlung gelingt oder mißlingt"[2]).

Diese vom Reformgeber beabsichtigte Sicherstellung der Straffreiheit ist aber nur unvollkommen verwirklicht. Der sachgerechte Heileingriff soll im Falle eines Mißlingens nur nicht als Körperverletzung strafbar sein; wenn die fehlerfreie Behandlung aber zum Tod des Patienten führt, bleibt es bei der - theoretischen - Strafbarkeit wegen fahrlässiger Tötung[3]).

---

[1]) Daß die Standesethik bei der Frage der Sachgemäßheit des Eingriffs unabhängig von der Einwilligungsfrage von Bedeutung sein kann, wurde oben gezeigt (1. Kap. § 2 I 2)

[2]) Begründung E 1960 S. 281 f

[3]) Auf eine weitere Lücke des Entwurfs weist A. Kaufmann a.a.O. S. 224 hin: wenn ein Arzt mehr wagt, als ein gewissenhafter Arzt gewagt hätte, so könnte das i.S. der bisherigen Rspr. auch dann als Körperverletzung bewertet werden, wenn der Eingriff Erfolg hat; § 161 ist also insoweit zu eng.

Überhaupt ist für den Fall des einverständlich und sachgerecht vorgenommenen Eingriffs die Sicherstellung von Straffreiheit nur deklaratorisch; war doch dieses Ergebnis nie ernsthaft bezweifelt worden. Das eigentliche Problem aber, eine befriedigende Begründung für dieses Ergebnis zu finden, löst auch der Entwurf 1962 nicht. Denn die Frage, wie die Straffreiheit rechtlich zu beurteilen ist, "insbesondere ob darin ein Ausschluß des Tatbestandes oder ein Rechtfertigungsgrund oder in gewissem Umfang vielleicht nur ein Entschuldigungsgrund zu sehen ist, ist eine theoretische Rechtsfrage, die das Strafgesetz nicht zu beantworten braucht, da es hier nur auf die Sicherstellung des Ergebnisses ankommt. Der Entwurf geht daher davon aus, daß die Beantwortung der Frage Wissenschaft und Rechtsprechung überlassen bleiben sollte"[1]).[2]).

---

[1]) Begründung (E 1962) S. 291

[2]) vgl. im übrigen zu den Problemen einer Reform der Delikte gegen die körperliche Unversehrtheit: Hirsch, ZStW 83, 140 ff

3. Kapitel: Die Behandlung des Problems in der Theorie und nach eigener Auffassung

§ 1 Historischer Rückblick

I. Behandlung im objektiven Tatbestand

Hatte die Reichsgerichtsentscheidung von 1894 (RG 25, 375) der Reformgesetzgebung nur zu einer zurückhaltenden Behandlung des Problems ärztlicher Eingriffe Anlaß gegeben[1]), so wurde durch sie im älteren Schrifttum eine um so lebhaftere Diskussion ausgelöst. Im folgenden sollen die wichtigsten der damaligen Lösungsversuche dargestellt werden; sie sind heute auch deshalb noch von Bedeutung, weil neuere Behandlungen des Problems vielfach ihre Wurzel in den damals geäußerten Gedanken haben.

1.) Der Gedanke der Körperinteressenverletzung

Von den Lösungen im Bereich des Körperverletzungstatbestandes lassen sich solche unterscheiden, die unter Hinweis auf die wahren "Körperinteressen" nur den insgesamt mißglückten Eingriff unter § 223 subsumieren, und solche, die auf die Identität von Geschützten und Verletzten hinweisen und unabhängig vom Erfolg eine "schädigende Tätigkeit" verneinen.

a) Begründer der letztgenannten Ansicht ist wohl Stooß. Er lehnt eine Erörterung der Frage im Rechtswidrigkeitsbereich

---

[1]) woraus sich für einen (künftigen) Gesetzgeber sicher kein Vorwurf ergibt

ab, weil der operative Eingriff zum Wohl eben der Person ausgeführt wird, die ihn erleidet. "Damit unterscheidet sich die chirurgische Operation von den Fällen sogenannter ausgeschlossener Rechtswidrigkeit. In Notwehr, im Notstand, in Ausübung der Strafpflicht und anderer staatlicher Pflicht wird überall in ein Gut z.B. die Gesundheit und die körperliche Integrität eines Menschen eingegriffen, um die Güter anderer zu schützen"[1]). Beim ärztlichen Eingriff soll die Gesundheit des Patienten aber gerade durch die "Verletzung" geschützt werden. "Es liegt also eine Identität sowohl in der Person des Verletzten und des Geschützten vor, als eine Identität in dem Gut, das verletzt und geschützt wird"[2]). Wegen dieser Rechtsgutidentität sucht Stooß, ebenso wie später Engisch[3]), einen Ausgleich schon im Tatbestand. Er findet diesen Ausgleich indem er, wiederum unter Hinweis auf die Rechtsgutidentität, auf den fehlenden Handlungsunwert bei der Operation abstellt. "Der Arzt, der eine operative Behandlung einleitet, übt keine körperverletzende, gesundheitsschädigende Tätigkeit aus"[4]). "Der Operateur begeht deshalb keine Körperverletzung, weil die Behandlung keine körperverletzende Tätigkeit ist"[5]). Hatte Stooß noch in ZSchwStR VI S. 61 den Erfolg als Rechtfertigung des operativen Eingriffs dargestellt, dabei aber den im entschuldbaren Irrtum vorgestellten Erfolg dem wirklichen gleichgestellt, so spricht er in der Vorrede zu seinem Buch "Chirurgische Operation und ärztliche Behandlung" der ärztlichen Behandlung ihrer Natur nach den Körperverletzungscharakter ab. Er verneint damit auch die Tatbestandsmäßig-

---

[1]) Stooß, Chirurgische Operation, S. 3
[2]) Stooß, a.a.O.; ähnlich Löffler, vgl. Darst. S. 247
[3]) Engisch ZStW 58, S. 6
[4]) Stooß, a.a.O. S. 6
[5]) Stooß, a.a.O. S. 9; dagegen Finger ZStW 20, S. 14 ff

keit der fehlgeschlagenen Eingriffe, wohl mit Hilfe einer Art teleologischen Reduktion der Körperverletzungstatbestände, die ja eigentlich auf den Erfolg der Handlung abstellen. Immerhin ist bemerkenswert, daß Stooß den Gedanken der "Körperinteressenverletzung" vorweggenommen hat und auch den fehlenden Handlungsunwert einer mißglückten Behandlung erkannt hat, wenn auch die dogmatische Einordnung im Bereich der Fahrlässigkeit fehlt.

b) Auf wieder andere, etwas gewaltsame Weise, versuchte v. Bar den Tatbestand der Körperverletzung zu verneinen: "Die mit Zustimmung des Betroffenen zum Zwecke der Heilung und nach den Regeln der ärztlichen Wissenschaft für ratsam erklärte und nach den Regeln eben dieser Wissenschaft auch richtig durchgeführte Operation ist keine Körperverletzung, auch wenn eine dauernde Verstümmelung die Folge sein sollte"[1]). V. Bar lehnt die damals häufig vertretene Rechtfertigung kraft eines besonderen Berufsrechts ab; er begründet seine Ansicht lapidar damit, daß "die zum Wohle der Menschheit dienende Heilkunde innerhalb jener Grenzen auch der Verletzung zur Abwendung größeren Schadens oder zur Erhaltung des Lebens als Mittel sich bedienen muß und von jeher sich bedient hat, und deshalb die Verletzung mit der wirklich erreichten oder beabsichtigen Heilung rechtlich als untrennbar einheitliche Handlung aufzufassen ist"[2]). Dieser Gedanke der sozialen Notwendigkeit, den v. Bar speziell auf die Operation anwandte und ohne Begründung im Tatbestand behandelte, findet sich später in der Zwecktheorie Dohna's und der "Sozialadäquanz" Welzels wieder, freilich mit ganz anderer dogmatischer Untermauerung.

---

[1]) Der Gerichtssaal (1902), Bd. LX S. 95

[2]) v. Bar, a.a.O.

c) Gründlicher und differenzierender ist Heimberger vorgegangen. Er untersucht zunächst den Mißhandlungsbegriff, den er auf die sachgemäße aber durch Zufall mißlungene Operation als nicht zutreffend erkennt. "Die Operation war vom Körperzustand erfordert, ihm angemessen. Dadurch, daß irgendein Zufall eintritt, der einen Mißerfolg verursacht, wird die Operation selbst nicht zu einer unangemessenen, schlimmen Behandlung"[1]).

Eine angezeigte und korrekt vorgenommene Operation soll sich dagegen als "Gesundheitsbeschädigung" darstellen und objektiv den Tatbestand des § 223 erfüllen können, wenn sie infolge irgendwelcher vom Operateur unabhängiger Umstände ungünstig verläuft. Heimberger weist aber für solche Fälle auf die Möglichkeit hin, den ärztlichen Eingriff nicht als Ursache der Gesundheitsbeschädigung anzusehen, eine Lösung, auf die heute insbesondere die Vertreter der Adäquanztheorie aufmerksam machen.

c) Am deutlichsten hat Ebermayer die Möglichkeit einer Körperverletzung durch Heileingriffe verneint. Nach seiner Auffassung kann sich der "kunstgerecht und lediglich zu Heilzwecken eingreifende Arzt .... schon deswillen keiner rechtswidrigen Körperverletzung schuldig machen, weil solche Eingriffe rein begrifflich keine Körperverletzungen oder Mißhandlungen sind"[2]). Diese Auffassung vertritt Ebermayer unabhängig vom Erfolg oder Mißerfolg des Eingriffs: "Es ist nicht einzusehen, wiefern der Erfolg einer Operation entscheidend sein kann für die Frage, ob sie begrifflich Körperverletzung oder Mißhandlung ist. Ist die Operation begrifflich keine Körperverletzung, so kann sie nicht dadurch zu einer solchen werden, daß sie mißlingt"[3]).

---

[1]) Jos. Heimberger, Strafrecht und Medizin, S. 43
[2]) Ebermayer, Der Arzt im Recht, S. 150
[3]) Ebermayer, a.a.O.

2.) Die Gesamtbetrachtung des Eingriffs

a) Die andere Gruppe der Lösungen im Bereich des Tatbestands basiert auf einer Gesamtbetrachtung des ärztlichen Eingriffs. Schon bevor das Reichsgericht seine umstrittene Entscheidung fällte, hatte Heß auf diesen Aspekt hingewiesen. Nach seiner Ansicht ist der Fall der chirurgischen Operation bei der Betrachtung des Satzes "volenti non fit iniuria" vollkommen auszuscheiden[1]). Der Arzt verletzt den Körper des Kranken nicht im Sinne von "schädigen": "Nicht jede Veränderung ist Schädigung, nicht die Veränderung im guten Sinn, sondern nur die Veränderung im schlechten Sinn. .... Höchstens könnte man sagen, daß der Arzt eine bestimmte Stelle des Körpers, nicht aber, daß er den Körper als lebendes Ganzes, als Organismus betrachtet, verletzt"[2])[3]). Unklar bleibt allerdings, ob Heß auch an den fehlgeschlagenen Eingriff gedacht hat, wenn er anschließend schreibt: "Nicht der Beruf ist es, der den Arzt straflos macht, sondern sein Wille, mich überhaupt nicht zu schädigen."

b) Auf derselben Linie wie Heß bewegt sich Beling, der als Körperverletzung ebenfalls nur die Schädigung des Gesamtorganismus ansieht, nicht aber die isolierte Verletzung eines einzelnen Gliedes zu Gunsten des Gesamtorganismus[4]). Die mißlungene Heilbehandlung nimmt Beling folgerichtig davon aus: "Körperverletzung ist nur diejenige Eingriffs-

---

[1]) Zum selben Ergebnis kommte übrigens heute Bockelmann, aaO, S. 67

[2]) Heß, Die Ehre und die Beleidigung (1891), S. 54, Anm. 4

[3]) ebenso Bockelmann, a.a.O., S. 66: "Der rechtlichen Beurteilung des Heileingriffs sind nicht die einzelnen Teilakte zugrunde zu legen, aus denen er besteht..., sondern der Gesamtakt..."

[4]) ZStW 18 (1898) S. 286

handlung, die ohne wohlseinsfördernden Erfolg eine Beeinträchtigung von Wohlsein, Wohlbefinden oder äußerer Erscheinung zur Folge hatte"[1]). Obwohl somit die Ansicht Belings zur Lösung des Problems dieser Arbeit nichts weiter beitragen kann, soll auf sie doch näher eingegangen werden, weil auch Beling die Körperverletzung als "Körperinteressenverletzung" interpretiert[2]), ein Begriff, der später bei Engisch mit größerer Tragweite wieder auftaucht. Beling sieht den Zentralpunkt der Körperverletzung im Interesse des Individuums am Körper. Ein selbständiges Interesse an der Unversehrtheit besteht nach Beling aber nicht, sondern wird erst aktuell, wenn das Versehrtsein mit dem (subjektiven) Wohlbefinden, dem (objektiven) Wohlsein oder der äußeren Erscheinung verknüpft ist[3]). Belanglos ist die Verletzung an sich; eine Handlung, die nur das Wohlbefinden oder die äußere Erscheinung beeinträchtigt, ist nur dann Körperverletzung, wenn sie nicht für das - innerhalb des Gesamtkörperinteresses überragende - Wohlseinsinteresse förderlich ist. Die verschiedentlichen und verschiedenrangigen Körperinteressen sind demnach miteinander abzuwägen. Infolge dieser Interessenabwägung ist "eine Handlung, die an sich eine Körperverletzung wäre, ... dies nicht, wenn diese von einer durch jene Handlung herbeigeführten Wohlseinsförderung bzw. überwiegenden Wohlseins - förderung oder Lebensrettung eingerahmt ist." Demgemäß fällt die ärztliche Operation nach Beling dann nicht unter den Begriff der Körperverletzung, wenn sie für das Wohlsein des Patienten lediglich förderlich war, oder nur Beeinträchtigungen mit sich brachte, die nach allgemeiner Schätzung der erzielten Wohlseinsförderung gegenüber zurücktreten.

---

[1]) ZStW 44 (1924), 230

[2]) Im Anschluß an Binding LB Bes. Teil I, 53

[3]) Beling ZStW 44, 223 ff

II. Behandlung im Rahmen der Rechtswidrigkeit

Die überwiegende Ansicht unter den älteren Literaten behandelt das Problem des ärztlichen Heileingriffs im Rahmen der Rechtswidrigkeit. Auch in diesem Bereich lassen sich im wesentlichen zwei Gruppen unterscheiden. Die eine betrachtet das Handeln lege artis nicht als spezielle Frage des Heileingriffs, sondern wirft - ganz wie die moderne Lehre - das Problem erlaubter Gefahrsetzungen innerhalb der Struktur der Fahrlässigkeitsdelikte auf; die andere (zunächst zu behandelnde Richtung) beschränkt sich ganz auf den eigentlichen Heileingriff und versucht, für ihn besondere Rechtfertigungsgründe herauszuarbeiten.

1.) Besondere Rechtfertigungsgründe

a) Überwiegend wurde als "Titel" für die Berechtigung ärztlichen Handelns das Berufsrecht angesehen, "die im öffentlichen Interesse der Gesundheitspflege geübte Tätigkeit des Arztes". "Der im ärztlichen Stand staatlich organisierte Zweck eines wichtigen Teils der Wohlfahrtspflege ist der Generalrechtstitel für die Verordnungen des inneren Arztes wie für den Chirurgen"[1]). Aber weniger der ärztliche Heilzweck sollte einen "Titel" geben, sondern die staatliche Sanktionierung des Heilwesens: "Wenn der Staat die Chirurgie unter die staatlichen Lehrpläne der Universitäten aufnimmt, wenn er für diesen Zweck unter Aufwand von Millionen Kliniken und Lehrer unterhält und wenn er schließlich aufgrund des Nachweises der erlangten wissenschaftlichen und technischen Befähigung die Approbation als Arzt erteilt, so ist damit auch die Ausübung der Chirurgie nach den Regeln der ärztlichen Kunst als eine an sich erlaubte und straffreie Tätigkeit von Staats wegen statuiert. Die Verantwort-

[1]) Kahl ZStW 29 (1909) S. 370

lichkeit des Arztes tritt dann hervor, wenn er wissentlich oder fahrlässig die Regeln der ärztlichen Kunst mißachtet"[1]). Dieser in der Literatur herrschenden Auffassung[2]) wurde vielfach entgegengehalten, der Patient werde dem Arzt ausgeliefert[3]), der Arzt andererseits berufe sich gar nicht auf ein Verletzungs- oder Tötungsrecht[4]).

b) Oppenheim hat daher eine gewohnheitsrechtliche Rechtfertigung ärztlicher Eingriffe nachzuweisen versucht: "Die Bedingungen des Operierens haben sich gewohnheitsrechtlich herausgebildet." Zwar sind nach Oppenheim sowohl die gelungene wie die mißlungene Operation an sich Körperverletzung. Der Arzt hat aber, wenn alle Bedingungen dazu vorlagen "und der Eingriff zu ärztlichem Zweck erfolgte, diesen Eingriff kraft Rechtens vorgenommen"[5]). "Der ärztliche Zweck ist das gewohnheitsrechtliche Fundament des Rechts zum ärztlichen Eingriff, das dieses Recht konstituierende Moment"[6]). Gewohnheitsrechtlich soll sich auch der Maßstab zur Beurteilung der Erfordernisse der Straflosigkeit herausgebildet haben, nämlich die sog. ärztliche Norm, d.h. "die Summe aller derjenigen Regeln, welche aufgrund medizinisch-wissenschaftlicher Oberzeugung und Obung gewissenhafter und gebildeter Ärzte die Richtschnur für ein objektiv richtiges Handeln jeden Arztes bilden sollen"[7]).

---

[1]) Kahl a.a.O., S. 371

[2]) vgl. etwa Hugo Mayer, LB 5. Aufl. 1895; v. Liszt, LB 9. Aufl.

[3]) Behr, a.a.O., S. 404

[4]) Stooß, ZSchwStR VI (1893) S. 54

[5]) Oppenheim, ZSchwStR VI S. 340

[6]) Oppenheim, Das ärztliche Recht zu körperlichen Eingriffen, S. 17 ff

[7]) Behr, a.a.O., S. 410; ähnlich R. Schmidt, a.a.O.

c) Andere - schon moderner anmutende - Ansichten weisen auf die Notwendigkeit des ärztlichen Eingriffs hin, auf den nützlichen Zweck ärztlichen Handelns. So schließt nach der Meinung von Lilienthal[1]) der Zweck des ärztlichen Heileingriffs die Rechtswidrigkeit aus, sofern nicht schon eine rechtfertigende Einwilligung vorliegt. Dies soll allerdings nur gelten, wenn der Staat den Zweck - wie beim ärztlichen Eingriff - als berechtigt anerkennt; denn nur dann gestattet er auch damit diejenigen Handlungen, ohne welche diese Zwecke nicht erreicht werden können.

Eine "Zwecktheorie" ohne diese Anlehnung an ein staatlich anerkanntes Berufsrecht vertritt auch H. Dietrich. Er hält ärztliche Eingriffe um deswillen erlaubt, "weil sie die geringeren Übel sind, deren Nichteintritt das Gesetz selber anstrebt"[2]). Mit diesem an die Zwecktheorie Dohna's anklingenden Gedanken ist in der Tat ein Prinzip gefunden, das in der Formulierung "das richtige Mittel zum richtigen Zweck"[3]) ein Grundelement aller Rechtfertigungsgründe bezeichnet.

d) Abschließend sei noch eine Ansicht erwähnt, die im Auftrag oder gegebenenfalls in Geschäftsführung ohne Auftrag die Berechtigung für ärztliches Handeln sieht. Wie die meisten Lösungen der damaligen Zeit auf die kunstgemäße und erfolgreiche Heilbehandlung zugeschnitten, versucht diese z.B. von Rosenberg vertretene Ansicht, durch Konstruktion eines Behandlungsrechts die Rechtswidrigkeit des herbeigeführten Erfolgs zu verneinen, was freilich für den Fall eines Fehlschlages nicht direkt ausgesprochen wird. Das

---

[1]) Lilienthal, ZStW 20, 440 ff

[2]) Dietrich, a.a.O., S. 66

[3]) vgl. Liszt-Schmidt, AT S. 187

"subjektive Recht" des Arztes zur Vornahme operativer Eingriffe soll sich dabei aus drei verschiedenen Rechtstiteln ergeben: aus dem Auftrag einer sorgeberechtigten Privatperson, aus behördlichem Auftrag oder schließlich aus Geschäftsführung ohne Auftrag[1]).

2. Behandlung als Fahrlässigkeitsproblem

In einen größeren Rahmen stellen diejenigen Autoren den ärztlichen Heileingriff, die ihn als Problem der Fahrlässigkeitsdelikte und hier als Frage der Einhaltung der generell erforderlichen Sorgfalt betrachten.

a) Einen besonderen Rang unter diesen Lehrmeinungen nimmt Exner ein. Wie später vor allem Welzel weist er darauf hin, daß der Täter nicht schlechtweg jeden Schaden zu verantworten habe, den er irgendwie als mögliche Folge seines Tuns erkannt habe: "die Konsequenz ist absurd und hieße den Menschen zur Untätigkeit verdammen".[2]) "Mit jeder chirurgischen Operation sind eine Reihe von Gefahren für den Patienten unvermeidbar verbunden. Es kann geschehen, daß die Narkose eine Lähmung der Herztätigkeit und den plötzlichen Tod des Betäubten zur Folge hat, die Möglichkeit einer Sepsis kann auch bei größter Umsicht nicht gänzlich ausgeschlossen werden usw. Der Arzt weiß dies alles und operiert, obwohl er die, wenn auch geringe Möglichkeit eines derartigen Unfalls wohl erkennt"[3]). Mit der Bereinigung dieser Lage im

---

[1]) Werner Rosenberg, Strafbare Heilungen, S. 63; dagegen Brückmann ZStW 24, S. 657 ff

[2]) Exner, Das Wesen der Fahrlässigkeit (1910), S. 192

[3]) Exner, a.a.O.

Schuldbereich[1]) gibt sich Exner nicht zufrieden: "Die Schwierigkeit besteht darin, daß sich hier in der Frage nach der unteren Kulpagrenze zwei Probleme berühren, das der Schuld und das der Rechtswidrigkeit"[2]). Nach Exner wird aber die Schuldfrage erst aktuell, wenn nicht das Verhalten des Täters rein objektiv bereits als ein einwandfreies zu bezeichnen ist: "Wer tut, was der Verkehr erfordert, ist schon deshalb von jeder Verantwortung frei, wenn auch sein Tun mit gewissen Gefahren verknüpft ist". Ist also die Operation im konkreten Fall indiziert und fachgemäß durchgeführt, dann ist auch ein Fehlschlag als Folge einer erlaubten Handlung vom Arzt nicht zu vertreten. Der Arzt durfte gefährden und ist außer Verantwortung, wenn der Erfolg ein unerwünschter ist: "Der Staat verlangt eben nicht, daß man alle irgendwie voraussehbaren Schäden vermeidet, er kann es nicht verlangen, denn das würde die Unterbindung des Verkehrslebens bedeuten. Ein Zusammenleben der Menschen ohne Gefahr für die Menschen war stets unmöglich." Mit diesem Gedanken der erlaubten Rechtsgütergefährdungen, des "Handelns auf fremde Gefahr" ist der Obergang zu der Stelle gefunden, an der heute der Sitz des Problems mit den Formeln "erlaubtes Risiko" oder "Sozialadäquanz" gesucht wird[3]).

Schon Binding hatte die Grundlagen dieser Theorie gelegt. Nach seiner Meinung wird die Rechtswidrigkeit der Tat bei unvorsätzlichen Tatbeständen durch Einhaltung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt, durch das "erlaubte Risiko" ausgeschlossen[4]). Ausgehend von der Unterscheidung zwischen

---

[1]) So z.B. Hippel Strafr. II S. 361; Frank § 59 VIII 4

[2]) vgl. dazu und zum folgenden: Exner a.a.O., S. 193 ff

[3]) vgl. allgemein zum "erlaubten Risiko" aus der älteren Literatur außer den hier Genannten: Torp ZStW 23, 100 und besonders M.L. Müller, Kausalzusammenhang, S. 34 ff, die sämtlich für einen Ausschluß der Rechtswidrigkeit eintreten.

[4]) Binding, Normen IV 2, S. 510

Sollen und Können der Vermeidbarkeit, differenziert Binding danach, ob rechtswidrige Handlungen objektiv vermieden werden sollten oder nur subjektiv vermieden werden konnten[1]). Nur die Frage der subjektiven Vermeidbarkeit gehört nach Binding in die Prüfung der Schuld, während über die objektive Vermeidbarkeit schon im Rahmen der Rechtswidrigkeit zu entscheiden ist. Hier sind zunächst objektiv unvermeidbare Fälle auszuscheiden, da hierfür die hinter dem Strafgesetz stehende Norm nicht gilt. Das trifft nach Binding ferner für das "erlaubte Risiko" zu, mit der Konsequenz,daß die Rechtswidrigkeit des Erfolgs entfällt. Ein sachgerecht vorgenommener Heileingriff wäre demnach auch bei einem Fehlschlag nicht rechtswidrige Körperverletzung, da die Betriebshandlung, also der Eingriff rechtmäßig ist.

b) Auf andere Art hat Dohna den ärztlichen Heileingriff zu rechtfertigen versucht. Er stellt den Satz auf, daß "eine Handlung, welche der Erhaltung eines Rechtsguts dient", "nicht zugleich der Norm widerstreiten" kann, "die dieses Rechtsgut zu schützen bestimmt ist"[2]). Dieser Gedanke ist zwar schon früher für den Heileingriff verwendet worden[3]), von Dohna aber als allgemeines Rechtfertigungsprinzip ausgebaut worden. Wieder auf den Heileingriff angewendet, besagt dieses Prinzip, daß Ärzte, "welche zur Heilung eines Leidens sich genötigt sehen, in die Integrität des Körpers ihres Patienten einzugreifen"[4]), gerechtfertigt sind;

---

[1]) Binding a.a.O., S. 509
[2]) Dohna, Recht und Irrtum (1925), S. 13
[3]) vgl. Stooß; Lilienthal a.a.O.
[4]) Dohna, a.a.O., S. 13/14

"Auf die objektive Qualifikation des Eingriffs, nicht auf die subjektiven Ziele des Handelnden kommt es an: die Operation muß sachlich indiziert und mit der gebührenden Sorgfalt ausgeführt sein." In diesem Fall stellt sie das angemessene Mittel zur Erreichung des richtigen Zwecks dar und ist gerechtfertigt[1])[2]).

---

[1]) vgl. Liszt-Schmidt AT, S. 187, die sich Dohna angeschlossen haben

[2]) Die systematisch jetzt zu bringende Schuldbetrachtung deckt sich mit der auch heute teilweise noch vertretenen Behandlung innerhalb der Fahrlässigkeitsschuld. Es kann daher auf die Darstellung im 2. Abschnitt d.A. verwiesen werden.

III. Zusammenfassung

Faßt man den Meinungsstand um die Jahrhundertwende zusammen, so kann man feststellen, daß für fast alle heutigen Lösungsversuche die geistige Grundlage schon damals geschaffen war; sowohl die Gesamtbetrachtung des ärztlichen Eingriffs wie die Idee der Körperinteressenverletzung, Kausalitätsbehandlung wie die Probleme vom erlaubten Risiko sind gesehen worden. Wenn die Lösungen auch primär auf den gelungenen Eingriff abzielten, waren sie doch meist auch für einen ärztlichen Fehlschlag anwendbar. Diese Behandlungen des Problems haben ihre Bedeutung durch die Weiterentwicklung und den Ausbau, den sie erfahren haben, auch heute bewahrt. Eine kritische Auseinandersetzung kann sich daher auf die sogleich zu behandelnden modernen Ausgestaltungen beschränken.

Nicht mehr aktuell sind heute die Versuche zur Schaffung eines besonderen ärztlichen Behandlungsrechts. Das gilt besonders für das damals viel behauptete "Recht der Berufsausübung", dem schon frühzeitig entgegengehalten wurde, der Arzt habe kein Recht, andere zu heilen, so wenig wie der Baumeister ein Recht habe, schadhaft gewordene Gebäude wieder auszubessern[1]). Schließlich erlaubt die Approbation nur die ärztliche Tätigkeit als solche, gibt aber kein Recht zu verletzen oder gar zu töten. Ein solches Berufsrecht, das den Arzt mit dem Scharfrichter gleichstellt, wäre wohl für Arzt und Patient gleichermaßen ein Alptraum.

Auch eine gewohnheitsrechtliche Rechtfertigung hat sich nicht nachweisen lassen, schon gar nicht für den mißglückten Eingriff. Denn hier fehlt ja gerade die für Gewohnheits-

---

[1]) Beling ZStW 18, 286 Anm. 11

recht kennzeichnende lang dauernde, auf Rechtsüberzeugung beruhende Obung.

Der Gedanke der Geschäftsführung ohne Auftrag schließlich hat seine Berechtigung innerhalb der Einwilligungsfrage behalten. Fehlt eine rechtfertigende Einwilligung, so kann eine Rechtfertigung in deren Rahmen, also bei fehlgeschlagenen Eingriffen nur in beschränktem Umfang, durch mutmaßliche Einwilligung eintreten. Diese als Geschäftsführung ohne Auftrag bezeichnete unterstellte Einwilligung muß sich dann aber nicht nur auf die ärztliche Handlung als solche beziehen, sondern es ist in einer Art hypothetischem Wahrscheinlichkeitsurteil auf die eventuelle Einwilligung des Patienten in einen Fehlschlag abzustellen[1]).

---

[1]) Näheres dazu im 3. Abschnitt d.A.

§ 2 Der Streitstand heute

1. Abschnitt: Der fehlgeschlagene Heileingriff als Problem des objektiven Tatbestands

Im zweiten Kapitel ist ein Überblick über den Streitstand gegeben worden, der sich am Schema Tatbestandsmäßigkeit-Rechtswidrigkeit-Schuld orientierte. Jetzt sollen die heute noch aktuellen Lösungen für den fehlgeschlagenen Heileingriff genauer dargestellt und kritisch gewürdigt werden, ohne diese strenge systematische Einordnung durchzuhalten. Damit kann die Fahrlässigkeitsproblematik, deren Standort in Unrecht und Schuld keineswegs geklärt ist, im Zusammenhang dargestellt werden. Zunächst aber sollen diejenigen Ansichten behandelt werden, die eine Lösung speziell für den Heileingriff anbieten.

I. Die Körperinteressenverletzung

1. Die Ausprägung des Gedankens in der Theorie

a) In erster Linie ist hier der schon mehrfach erwähnte Gedanke Engischs von der Körperinteressenverletzung zu nennen, über dessen Wurzeln schon oben geschrieben worden ist.

Engisch stellt sich die Frage, ob der indizierte und lege artis durchgeführte ärztliche Eingriff zu Heilzwecken wirkliche Körperverletzung und so mit Ohrfeigen, Fußtritten usw. auf eine Linie zu stellen sei[1]). Nach Engisch ist das nur

[1]) vgl. dazu und zum folgenden Engisch, ZStW 58, 5 ff; und MoKriBi 30 (1939) S. 414 ff.

bei äußerlicher Betrachtung der Fall, in Wirklichkeit bedeutet Körperverletzung nur Verletzung des Interesses am Wohlergehen oder am subjektiven Wohlbefinden oder am Wohlaussehen, was bei Gesamtbetrachtung eines geglückten Eingriffs nicht vorliegt. Liegt Engisch bis dahin ganz auf der Linie Belings, so geht er in der Auslegung des Interessenbegriffs erheblich weiter. Er nimmt ihn so umfassend, wie es der Sprachgebrauch zuläßt und bezieht einmal nicht nur Einzelinteressen sondern auch Allgemeininteressen in ihn ein. Zum anderen führt er auch Wahrscheinlichkeitskomponenten in den Interessenbegriff ein, womit er sich entscheidend von Beling, Frank und Liszt-Schmidt abhebt[1]). Denn daraus "ergibt sich auch, daß die Interessenabwägung eine solche ex ante ist. Dafür, ob ein ärztlicher Eingriff überwiegend körperliche Interessen wahrt, kann nicht maßgebend sein der zufällige wirkliche, sondern nur der zu erwartende wahrscheinliche Ausgang"[2]). Damit bleibt jeder erfolgversprechende Eingriff außerhalb der Körperverletzungstatbestände, wenn er nur nach einer vorherigen Abwägung vermutlich den Körperinteressen des Patienten entspricht. Engisch ist so konsequent, die Interessenabwägung auch hinsichtlich einer möglichen Tötung durchgreifen zu lassen: "Daraus ergibt sich zugleich, daß ein ärztlicher Eingriff, der der Obung eines gewissenhaften Arztes entspricht, nicht nur außerhalb des Tatbestands der Körperverletzung, sondern eventuell auch außerhalb des Tatbestands der Tötung fällt"[3]).

Zur Begründung seiner Interpretation des Körperverletzungstatbestands verweist Engisch auf das Prinzip des "überwiegenden Interesses", das beim ärztlichen Eingriff zur Recht-

---

[1]) vgl. o. § 1 des Kap.
[2]) Engisch ZStW 58, S. 9
[3]) Engisch a.a.O. S. 14

fertigung und zugleich zum Ausschluß des Tatbestands führen soll. "Dies aber deshalb, weil hier ... Identität sowohl in der Person des Verletzten und des Geschützten als Identität in dem Gut, das verletzt und geschützt wird, vorliegt, was im allgemeinen bei Rechtfertigungsgründen nicht der Fall zu sein pflegt"[1]). Zur Begründung der nicht körperverletztenden Natur der ärztlichen Eingriffe dient also das "Prinzip des überwiegenden Interesses", das mehr besagt "als das mit ihm konkurrierende Prinzip der Zwecktheorie", weil es auch darüber eine Aussage trifft, wann ein Mittel angemessen ist[1]).

b) Dieser Ansicht Engischs haben sich Schönke-Schröder angeschlossen. Nach ihrer Meinung ist auch der schädigende ärztliche Eingriff tatbestandsmäßig keine Körperverletzung, wenn er indiziert und lege artis ausgeführt ist. Wie schon Engisch, so betrachten auch Schönke-Schröder die Frage der Indikation und der sachgemäßen Durchführung nicht "rückschauend von den eingetretenen Folgen aus, sondern ex ante, so wie sich die Sachlage im Augenblick des Eingriffs und aufgrund der medizinischen Erfahrung darstellt"[2]). "Liegen in diesem Zeitpunkt die Voraussetzungen für einen medizinisch gebotenen Eingriff vor, so entfällt dessen Tatbestandsmässigkeit auch dann, wenn er mißlingt und der Zustand des Patienten nicht nur nicht gebessert, sondern eventuell sogar verschlechtert wird." Diese entscheidende "ex ante" Betrachtung wird damit begründet, "daß die Frage der Zulässigkeit nicht in der Schwebe bleiben kann, sondern zur Zeit

---

[1]) Engisch ZStW 58, 6 (im Anschluß an Stooß)

[2]) Schönke-Schröder, § 223, 13

des ärztlichen Eingriffs feststehen muß"[1]). Eine nähere Begründung für diese korrigierende Tatbestandsauslegung bei Heileingriffen geben Schönke-Schröder nicht; sie sagen auch nicht, ob der mißglückte Eingriff eventuell tatbestandsmässig auch keine Tötung ist.

c) Eine Lösung des Problems "durch eine teleologische Auslegung des Tatbestands der Körperverletzung", durch Saldierung und interne Güterabwägung befürwortet auch Gallas[2]). Seiner Auffassung nach sind die in den Tatbeständen beschriebenen Sachverhalte nicht nur als Naturvorgänge, sondern auch ihrem soziologischen Sinn nach zu beurteilen. Dieser muß bei der Auslegung in der Weise berücksichtigt werden, daß sein Fehlen den Ausschluß der Tatbestandmäßigkeit zur Folge hat[3]). Bei Tötung und Körperverletzung kann - immer nach Gallas - der soziale Sinn nur vom Schutzzweck her bestimmt werden. "Geht man von dieser Betrachtungsweise aus, so läßt sich die Tatbestandsmäßigkeit - wenigstens in einem materiellen Sinne - verneinen, wenn das durch den Tatbestand geschützte Rechtsgut im konkreten Falle gar nicht betroffen wird"[4]). Nach Gallas muß ein Verhalten, um strafbar zu sein, nicht nur formell, sondern auch materiell tatbestandsmäßig sein. An dieser materiellen Tatbestandsmäßigkeit fehlt es, wenn die konkrete Tat zwar die Merkmale der gesetzlichen Tatbeschreibung aufweist, der sachliche Unrechtsgehalt aber, auf den der fragliche Deliktstypus abzielt, nicht gegeben ist.[5]).

---

[1]) Schönke-Schröder § 223, 13

[2]) Niederschriften Bd VII S. 198

[3]) a.a.O. S. 129

[4]) a.a.O. S. 130

[5]) Gallas, Beiträge zur Verbrechenslehre, S. 36; ders. zum gegenwärtigen Stand der Lehre vom Verbrechen, ZStW 67, 21

Diese Korrektur der formellen durch die materielle Tatbestandsmäßigkeit möchte Gallas auch im Falle des ärztlichen Heileingriffs vornehmen, weil eine Handlung, die zum Zwecke der Wiederherstellung der Gesundheit vorgenommen wird, nicht zu den Taten gehört, die in § 223 StGB gemeint sind[1]). Gallas begründet dies, wie schon Stooß und Engisch, mit der Identität von Geschütztem und Verletztem sowie mit der Rechtsgutsidentität[2]).

Das Vorliegen einer Körperverletzung läßt sich für den Fall des mißlungenen Heileingriffs allerdings mit einer materiellen Tatbestandsauffassung allein noch nicht verneinen. "Denn vom Erfolg her ist die Verletzung des tatbestandsmäßigen Rechtsguts nicht gut zu bestreiten". Wie Engisch bedient sich daher auch Gallas einer Beurteilung ex ante: "Erst eine Beurteilung ex ante, d.h. aber, die innerhalb des tatbestandsmäßigen Unrechts zwischen Handlungs- und Erfolgsunwert unterscheidet, vermag dem kunstgerechten Heileingriff des Arztes auch im Falle des Mißlingens, den Sinn einer Tötungs- oder Körperverletzungshandlung abzusprechen"[3]).

---

[1]) Niederschriften, S. 130

[2]) Der für die Deliktsart typische Unrechtsgehalt und damit die Tatbestandsmäßigkeit soll aber vorliegen, wenn es um Interessen geht, die mit denen, die der Tatbestand der Körperverletzung schützen will, konkurrieren. Deshalb sieht Gallas die Fälle des erlaubten Risikos nur als gerechtfertigt an. vgl. ZStW 67, 22

[3]) Gallas, ZStW 67, 21, Anm. 49

2.) Stellungnahme

Den Versuchen, ärztliche Heilbehandlungen durch teleologische Auslegung des Körperverletzungstatbestands aus dem Geltungsbereich dieser Strafbestimmung herauszuhalten, kann nicht zugestimmt werden.

a) Die Grenzen der Tatbestandsauslegung

Sofern wirklich allein mit den Mitteln der Auslegung eine Reduktion des § 223 StGB versucht wird[1]), sind spätestens mit der Einbeziehung einer ex ante Betrachtung in den Körperinteressenbegriff die Möglichkeiten der Auslegung überschritten.

Wenn freilich der Körperverletzungstatbestand nur im Sinne von Beling als Interessenverletzung verstanden wird, ist vom Wesen der Auslegung her nichts dagegen einzuwenden. Zwar rechtfertigt der Wortlaut allein eine derartige Interpretation noch nicht, weil grammatikalisch eine "Gesundheitsbeschädigung" nur den schädigenden Erfolg meint und nichts für eine Gesamtbetrachtung der Vor- und Nachteile des Eingriffs hergibt. Der Wortlaut einer Vorschrift ist aber als alleiniger Auslegungsfaktor untauglich, mag auch "alle Auslegung beim Wort anfangen"[2]). Vielmehr gebührt der unbedingte Vorrang der Erforschung des Gegenwartssinnes

---

[1]) Zumindest Gallas berücksichtigt zusätzlich den fehlenden Handlungsunwert innerhalb des tatbestandsmäßigen Unrechts fahrlässiger Delikte

[2]) Maurach, AT § 9 B 2; Schönke-Schröder § 2, 31

eines Gesetzes[1]). Mit Hilfe dieser sinnentsprechenden Auslegung läßt sich § 223 tatsächlich dahin begrenzen, daß nicht einzelne Teilakte eines Eingriffs, sondern nur die Beeinträchtigung des körperlichen Wohls im Ganzen gemeint ist. Dem Gesetzgeber kann es nur auf den endgültigen Erfolg oder Mißerfolg ankommen, nicht aber auf die Zwischenglieder auf dem Weg zu diesem Erfolg.

Beim mißglückten Eingriff kann der endliche schädigende Erfolg allerdings nicht geleugnet werden, er müßte auch nach teleologischer Auslegung den objektiven Tatbestand der Körperverletzung erfüllen[2]). Wenn Engisch nun dieses Ergebnis durch Einbeziehung von Wahrscheinlichkeitskomponenten in die "Körperinteressenabwägung" zu erreichen sucht, so verläßt er damit den Rahmen zulässiger Gesetzesauslegung. Denn eine Auslegung, die etwa beim Verlust eines Gliedes eine Körperverletzung verneint oder gar bei einem Patienten, der z.B. unter dem Messer des Chirurgen stirbt, eine tatbestandliche Tötung leugnet, bedeutet in Wahrheit eine Umdeutung des Gesetzeswillens[3]). Wenn auch die teleologische Gesetzesinterpretation contra legem erfolgen kann[4]), so muß sie doch an einem irgendwie zum Ausdruck gekommenen Gesetzeszweck anknüpfen. Eine Interpretaton, die im Gesetz überhaupt keine Stütze mehr findet, überschreitet die Möglichkeiten der Auslegung, da der mögliche gedankliche Inhalt eines Begriffs nicht überschritten werden kann[5]). Die (richterliche) Auslegung darf das Gesetz, das im Strafrecht die positive Rechtsquelle darstellt, nicht unterbewerten.

---

[1]) Jagusch, LK § 2,3

[2]) Dies gestehen u.a. Beling (a.a.O.) und Bockelmann (a.a.O. S. 67) zu.

[3]) vgl. Schaefer LK, § 223 III. Gegen eine "Vergewaltigung von Lebenstatsachen" auch Welzel, Niederschriften VII S. 118

[4]) Maurach, AT § 9 B 2

[5]) BGH 10, 157

Sein deutlicher Gegenwartswille ist zwar zu erforschen, der Richter darf ihn aber nicht durch einen damit unverträglichen, vermeintlich besseren ersetzen[1]). Das gerade wäre aber der Fall, wenn das Prinzip des überwiegenden Interesses im Verband mit einer ex ante Betrachtung sogar einen tödlichen Heileingriff nicht als tatbestandsmäßige Tötung erscheinen ließe[2]).

Einer derartigen weiten Auslegung, oder besser gesagt Umdeutung des Körperverletzungstatbestandes stehen auch verfassungsrechtliche Bedenken entgegen. Abgesehen davon, daß sich bei einer solchen Umgestaltung von Tatbeständen der Richter als der Auslegende an die Stelle des Gesetzgebers setzt und so mit dem Prinzip der Gewaltenteilung in Konflikt gerät, wird insbesondere die Rechtssicherheit tangiert. Art. 103 II/GG und § 2 I STGB beschränken sich nicht auf das Verbot analoger, gewohnheitsrechtlicher und rückwirkender Strafen, sondern enthalten auch die Forderung nach hinreichender Bestimmtheit und damit Berechenbarkeit der Strafnorm[3]). Wenn sich dieses verfassungsrechtliche Gebot auch primär an den Gesetzgeber wendet, so müssen doch auch einer allzu weiten Auslegung oder Umdeutung von Tatbeständen dieselben Bedenken entgegengehalten werden, wie sie gegenüber der Gesetzgebung etwa bei Verwendung von wertausfüllungsbedürftigen Begriffen bestehen[4]). Eine Normierung

---

[1]) Jagusch LK § 2 I B

[2]) Da das genannte Prinzip nirgends sonst im Gesetz positiv zum Ausdruck kommt (selbst in der Strafrechtsreform nicht), scheidet auch eine Analogie aus.

[3]) BVerfG NJW 69, 1059; vgl. auch Class, Generalklauseln, a.a.O., S. 122 ff

[4]) vgl. dazu Lenckner, Wertausfüllungsbedürftige Begriffe, Jus 68, 249 ff

wie auch eine Interpretation der Körperverletzung als Interessenverletzung im Sinne von Engisch ließe einen weiten Bereich offen, in dem nicht mehr der Gesetzgeber bestimmt, was Recht und Unrecht, strafbar und straflos sein soll, sondern der Richter, der damit seine Wertung zur objektiven Norm erhebt. Damit wäre auch die Gleichheit vor dem Gesetz nicht mehr gewährleistet, da die Entscheidung letztlich auf eine Eigenwertung des Richters hinausläuft, weil bei der Beurteilung von Sachgemäßheit und (ex ante!) Erfolgsaussicht eines Eingriffes unterschiedliche Ergebnisse unvermeidlich sind[1]). Vor allem aber ist die Rechtssicherheit in Gefahr, wenn das dem Gesetz zukommende abschließende Werturteil über die Tatbestandsmäßigkeit eines Verhaltens dem Richter überlassen bleibt. Denn das bedeutet, daß die Grenzen zwischen Freiheit und strafbarem Tun erst nach der Würdigung der Tat endgültig feststehen, die Strafbarkeit also wenigstens teilweise der Berechenbarkeit entzogen ist.

Diese Einwände aus der Voraussehbarkeit des Strafausspruches gelten - entgegen der Ansicht von Gallas[2]) - auch gegenüber von Tatbestandsumdeutungen zugunsten des Täters. Im übrigen ist es aber gar nicht so, daß die Interpretation der Körperverletzung als Interessenverletzung nur zugunsten des Arztes wirken könnte. Nimmt man die Erfolgsbetrachtung ex ante ernst, so müßte konsequenterweise eine riskante und fehlerhaft durchgeführte Operation auch dann als Körperverletzung gewertet werden, wenn sie glückt. Ein

---

[1]) Man denke nur an die Begriffe der lex artis und der Indikation, die von einem Juristen vielfach gar nicht zu klären sind.

[2]) Gallas, ZStW 67, 21

Ergebnis, das mit dem Satz nulla poena sine lege sicher nicht vereinbar ist, weil eben nicht die riskante Handlung, sondern der rechtlich mißbilligte Erfolg unter Strafe gestellt ist. Eine Anwendung der Interessenabwägung ex ante nur zugunsten des Arztes liefe aber auf ein Sonderrecht für Ärzte hinaus, das nur der Gesetzgeber schaffen könnte.

b) Systemkritik

Ist somit die Methode der Gesetzesauslegung nicht zur Begrenzung des Körperverletzungstatbestands auf fehlerhafte Heilbehandlungen geeignet, so sind auch die Ergebnisse und Folgerungen aus der Interessenabwägung grundsätzlichen Bedenken ausgesetzt. Denn das Prizinp des "überwiegenden Interesses" besagt nichts andres, als daß eine positive Handlungsqualität den objektiven Tatbestand eines wenigstens formal auf den Erfolg abstellenden Delikts ausschließen kann. Diese Betrachtungsweise, "die innerhalb des tatbestandsmäßigen Unrechts zwischen Handlungs- und Erfolgsunwert unterscheidet"[1]), ist aber nach dem Aufbau der fahrlässigen Körperverletzung oder Tötung[2]) nicht berechtigt. Der Berücksichtigung des Prinzips des überwiegenden Interesses im objektiven Tatbestand stehen daher dieselben Einwände entgegen, die gegen den Tatbestandsausschluß durch das allgemeine Prinzip des "erlaubten Risikos" bestehen. Insoweit kann auf die späteren Ausführungen zum Fahrlässigkeitsproblem verwiesen werden.

---

[1]) Gallas ZStW 67, 21 Anm. 49

[2]) Nur diese kommen in Frage - vgl. o. 2. Kap. § 1 I

Im übrigen ist das Gedankengebäude von Engisch auch in sich angreifbar. Der Hinweis auf die in der Interessenabwägung steckende Wahrscheinlichkeitskomponente mag als solcher richtig sein. Wie Eberhardt Schmidt richtig festgestellt hat[1]), zwingt sie aber nicht zu der Betrachtung und Bewertung ex ante, wie Engisch sie durchgeführt wissen will. In jedem menschlichen Verhalten steckt eine Wahrscheinlichkeitskomponente, da es ja immer nur unter Mitwirkung von (im einzelnen meist nicht übersehbaren) Bedingungen zu einem bestimmten Erfolg führt. Das hindert i.d.R. aber nicht, daß vom tatsächlich eingetretenen Erfolg aus der Sinn und der Wert des Verhaltens bestimmt wird. Eb.Schmidt führt dazu als Beispiel den Fall des Bluters an, der durch eine erzieherisch angebrachte Ohrfeige seitens des ahnungslosen Lehrers stirbt. Hier kann die Tötung nicht mit Hinblick auf die Interessenlage und die geringe Wahrscheinlichkeit eines solchen Erfolges hinwegdiskutiert werden, mag auch das Interesse an der erzieherischen Einwirkung mittels eines aller Wahrscheinlichkeit nach unschädlichen Schlages die Interessen an der Freiheit von körperlichen Beschädigungen ex ante überwogen haben.

---

[1]) Arzt im Strafrecht, S. 90/91

II. Der fehlgeschlagene Heileingriff als Unterlassung

1.) Die Begründung in der Theorie

a) Einen gänzlich anderen Weg zur Verneinung des Körperverletzungstatbestands bei fehlgeschlagenen Heileingriffen hat Eb. Schmidt beschritten. Unter Anknüpfung an die Lehre von Engisch wendet er sich gegen die "rein äußerliche Betrachtung" der Heileingriffe und weist auf den Sinn ärztlichen Verhaltens hin, der im "sozialen Sein" zu suchen sei[1]). Unter Hinweis auf diese "soziale Sinnhaftigkeit" verneint Schmidt zunächst die Tatbestandsmäßigkeit eines geglückten Eingriffs, weil ein Eingriff in die körperliche Substanz nicht isolierend herausgehoben werden dürfe.

Aber auch der mißglückende ärztliche Eingriff erfüllt nach E. Schmidt weder den Tatbestand der Körperverletzungs- noch den der Tötungsnormen: "Wenn der Arzt medizinisch absolut richtig handelt und der Tod des Patienten lediglich die Folge eines schicksalhaften Zufalls ist, wäre es falsch, hier davon zu sprechen, daß der Arzt den Patienten "getötet" habe"[2]). In einem solchen Fall möchte E. Schmidt den Tatbestand durch "Heranziehung des sich hier doch geradezu aufdrängenden Gesichtspunktes des unechten Unterlassungsdelikts"[3]) ausschließen. Weil jeder operierende Arzt durch seinen Eingriff auch Gefahren für Gesundheit und Leben des Patienten herbeiführt, bedeutet nach E. Schmidt

---

[1]) Eb.Schmidt, Arzt im Strafrecht, S. 75

[2]) Eb.Schmidt, Niederschriften VII S. 127

[3]) Eb.Schmidt, Verhandlungen des 44. Dtsch. Juristentages Bd. 1 III S. 151

jede glückende Operation ein Doppeltes: die Beseitigung des Krankheitsherdes als solchem, zugleich aber auch "Abwendung der Gefahren, die für Leib und Leben des Patienten, mit der Narkose, der Bauchöffnung und den sonstigen Einwirkungen auf seinen Körper verbunden sind. Mißglückt die Operation, so ist entweder die Beseitigung des Krankheitsherdes nicht gelungen, oder die mit dem Eingriff in die Körpersubstanz heraufbeschworenen Gefahren sind nicht abgewendet worden"[1]). Zur Begründung dieser Betrachtung bezieht sich Eb. Schmidt auf die schon erwähnte soziale Sinnhaftigkeit, die bei der Beurteilung des ärztlichen Handelns zu beachten sei. Diese soziale Sinnbedeutung verstehe man nur dann recht, wenn man bei einer Schädigung des Patienten trotz ärztlich einwandfreiem Verhalten im Hinblick auf solche Schädigungen sage: "der Arzt hat bei seinem Heileingriff diese Schädigungen nicht abgewendet". "Es wäre vom Standpunkt sozialer Lebenserfahrung aus sinnwidrig, hier von einer positiven Herbeiführung dieser Schädigungen durch den Heileingriff des Arztes zu sprechen". Demgemäß handelt es sich nach Eb. Schmidt beim fehlgeschlagenen Heileingriff allein um die Problematik des unechten Unterlassungsdelikts[2]). Nicht das positive Tätigwerden des Arztes, das in seinen Operationsmaßnahmen sichtbar wird und das mit dem unglücklichen Ausgang "selbstverständlich in Kausalzusammenhang steht", bietet den Anknüpfungspunkt für eine strafrechtliche Bewertung; vielmehr ist es die Tatsache, daß der Arzt bei seinem Heileingriff die mit diesem auftretenden Gefahren nicht wirksam bekämpft, daß er also deren Realisierung,

---

[1]) Eb. Schmidt, Arzt im Strafrecht, S. 78 ff; Verhandlungen a.a.O., S. 151

[2]) Niederschriften a.a.O., S. 127

mithin den Eintritt der (tatbestandsmäßigen) Erfolge der Gesundheitsbeschädigung oder des Todes nicht abgewendet hat[1]).

Ist Eb. Schmidt mit Hilfe einer sozialen Betrachtungsweise zum Unterlassungscharakter schädigender Eingriffe gelangt, so kann er in einem nächsten Schritt nur diejenige Nichtabwendung des Erfolgs als Tatbestandserfüllung nehmen, welche einen Verstoß gegen eine Rechtspflicht zur Erfolgsabwendung bedeutet. Zwar hat ein Arzt grundsätzlich aus seinem gefährlichen vorangegangenen Tun die Pflicht, eine sich aus der Operation ergebende Gefahr zu verhindern; Eb. Schmidt erkennt dem lege artis handelnden Arzt die Erfüllung dieser Rechtspflicht aber zu.

Er lehnt eine Betrachtung ex post ab, wenn es um die Frage der Rechtspflichteinhaltung geht. Denn "was Erfüllung der Rechtspflicht zur Erfolgsabwendung für den Verpflichteten praktisch bedeutet, das muß in dem Augenblick feststellbar sein, wo eben diese Pflicht akut wird, also das in die Zukunft wirkende Verhalten einzusetzen hat und durchzuführen ist"[2]). Der Schluß vom Erfolg auf einen Verstoß gegen die Rechtspflicht zur Erfolgsabwendung ist nach Schmidt falsch, weil diese Pflicht bei Beginn des Handelns feststehen müsse. Da sich das Maß der Abwendungspflicht nicht nach der subjektiven Einsicht, dem subjektiven Können des Arztes, sondern nach der lex artis bemißt, ist demnach bei einem sachgemäß durchgeführten Eingriff der Erfolgsabwendungspflicht genügt: "Verlangt ist ein Tätigwerden, das sich in

---

[1]) Eb. Schmidt, Arzt im Strafrecht, S. 80
[2]) a.a.O., S. 81

dem Zeitpunkt, in dem es erfolgt, nach den Erfahrungen und Grundsätzen des jeweils als maßgebend heranzuziehenden Wissens- und Erfahrungsgebiets als richtig darstellt, ein Tätigwerden also mit einer objektiven Erfolgsabwendungstendenz". Vom tatsächlichen Eintritt des Erfolgs aber darf nicht auf die Nichterfüllung der Erfolgsabwendungspflicht geschlossen werden: "auch bei vollkommenem Handeln kann ein Mißerfolg nicht ausgeschlossen werden"[1]). Mangels Verstosses gegen die Erfolgsabwendungspflicht kann infolgedessen nach Eb.Schmidt tatbestandsmäßiges Verhalten im Sinne der Körperverletzungs- oder Tötungstatbestände nicht in Betracht kommen.

b) Der Betrachtungsweise von Eb. Schmidt hat sich Mezger angeschlossen[2]). Auch er geht vom Sinn der Körperverletzungs- und Tötungstatbestände aus, verlagert das Problem aber in eine Kausalitätsbetrachtung. Er nimmt zwar eine Ursächlichkeit des Eingriffs im naturwissenschaftlichen Sinn an, weil die schädigenden Folgen ohne die Operation so nicht eingetreten wären. Dem Sinne der §§ 222, 223 ff entspricht es seiner Meinung jedoch nicht, einen solchen Ursachenverlauf als eine ihrer Ratio adäquate, tatbestandsrelevante Kausalität anzusehen: "Nicht der Eingriff hat dem Sinn der Strafvorschriften gemäß die Folge verursacht, sondern es ist nur dem Arzt nicht geglückt, die durch den Eingriff zulässigerweise heraufbeschworenen Gefahren abzuwenden"[3]). Auch nach Mezge

---

[1]) Eb. Schmidt, a.a.O., S. 84

[2]) In gewissem Umfang auch Niese; nach seiner Auffassung fehlt der Handlungsunwert der unvorsätzlichen Handlung "bei vermeidbarer Erfolgsverursachung wegen Einhaltung der Sorgfaltspflicht (unechtes Unterlass-ngsdelikt)". Vgl. Finalität S. 63 und unten 2. Abschn.

[3]) Mezger, Stud.B. II S. 50

ist also "relevant nicht die Vornahme des Eingriffs, sondern allenfalls die vom Unterlassen von Vorkehrungen gegen den schädigenden Ausgang her verlaufende Kausalität, so daß als erfolgsursächlich nur in Betracht kommt, was der Arzt bei der Vornahme des Eingriffs unterlassen hat, um schädigende Auswirkungen zu steuern"[1]).

2. Stellungnahme

a) Die verschiedenen Abgrenzungen von Tun und Unterlassen

Die Beurteilung dieser Auffassungen muß an ihrem Ausgangspunkt ansetzen, nämlich an der sozialen Wertung des schädigenden Eingriffs als Unterlassung. Dazu muß, jedoch nur soweit es gerade für die Heilbehandlung veranlaßt erscheint, auf die Theorie der Unterlassungsdelikte eingegangen werden.

Die Abgrenzungsmerkmale, nach denen zu entscheiden ist, ob ein bestimmtes Verhalten eine reine Begehungstat oder ein durch Unterlassen verwirklichtes Begehungsdelikt darstellt, sind alles andere als geklärt. Grob systematisierend kann man zwei Grundauffassungen unterscheiden, von denen die eine von einer Einzelwertung der verschiedenen Vorgänge bei einer Straftat ausgeht und die andere die Notwendigkeit einer komplexen Betrachtung des Gesamtvorgangs betont. Aber auch die Anschauungen innerhalb dieser Grundauffassungen sind keineswegs einheitlich. Im Rahmen dieser Arbeit kann nur ein kurzer Überblick gegeben werden.

---

[1]) Mezger, Stud.B. II S. 50

aa) Vertreter eines "Zerlegungsverfahrens" ist insbesondere Roxin. Nach seiner Auffassung ist lediglich festzustellen, ob ein positives Tun für den Erfolg kausal ist. Dabei sind alle in Betracht kommenden Einzelzüge des Gesamtvorgangs mit Hilfe sämtlicher Zurechnungskriterien durchzumustern. Kann man dem Täter sowohl ein Tun wie ein Unterlassen vorwerfen, so ist das Unterlassen subsidiär[1]).

Eine ähnliche Auffassung vertritt Böhm[2]). Nach ihm ist eine klare Unterscheidung nur möglich, wenn ein Verhaltenskomplex nicht als Ganzes gewertet wird. Er ist vielmehr in seine Teile zu zerlegen und jedes einzelne Teilstück unter dem Gesichtspunkt der Tatbestandsmäßigkeit, Rechtswidrigkeit und Schuld getrennt zu untersuchen. Ist Tun und Unterlassen gleichermaßen als Anknüpfung der Straffolge möglich, soll das fahrlässige Unterlassen durch das fahrlässige Tun nach den Regeln der straflosen Nachtat konsumiert werden.

Mezger möchte Begehungstat und Unterlassungstat nicht nach der äußeren Gestaltung des einzelnen Falles, sondern allein danach unterscheiden, "wogegen der rechtliche Vorwurf sich jeweils richtet"[3]). Wie nach der Meinung Eb. Schmidts soll das beim Heileingriff nicht das aktive Tun, das dem lege artis handelnden Arzt nicht zum Vorwurf gemacht werden könne, sondern allenfalls das Unterlassen der Gefahrenabwendung sein[4]). Ähnlich stellt Nagler auf die sozialrechtliche

---

[1]) Roxin ZStW 74, S. 417, Anm. 24

[2]) Jus 61, 177 ff

[3]) StuB I, S. 81

[4]) vgl. StuB II S. 50. Für eine Einordnung durch Werturteil auch H. Mayer LB S. 112

Wertung des Hergangs ab[1]). Nach Dahm kommt es ebenfalls nicht auf den naturalistischen Vorgang des äußeren Geschehens, sondern auf den objektiven Sinn an, der dem Verhalten in der Gemeinschaftsordnung beizumessen ist[2]).

Eine andere Auffassung kommt dadurch zu einer - sicher recht eindeutigen - Abgrenzung, daß sie bei einem doppeldeutigen Tun im Zweifel aktives Tun erblickt. So ist nach Arthur Kaufmann ein einheitliches Verhalten, "das sowohl Tätigkeits- wie auch Unterlassungsmomente enthält, im Zweifel als positives Tun" zu betrachten[3]). Ebenso ist nach Spendel "als erstes nach der aktiven Seite eines zweideutigen und doppelseitigen Verhaltens zu fragen und dieses im Zweifel als aktives Tun aufzufassen"[4]).

bb) Demgegenüber weisen die Vertreter einer Einheitsbetrachtung darauf hin, daß "mit einer Einzelwertung der Vorgänge nichts gewonnen ist"[5]). Nach ihnen kommt es auf die komplexe Betrachtung des Gesamtvorgangs an, wobei die Lösung den Vorzug verdient, die den bei Begehung und Unterlassung häufig verschiedenen Unrechtsgehalt der Tat voll ausschöpft[5]). Ähnlich ist nach Androulakis stets das einheitliche, unteilbare, massive Verhalten entscheidend[6]). Der BGH bezeichnet als maßgeblich, bei welcher Form des Verhaltens der Schwerpunkt

---

[1]) GS 111, 34
[2]) ZStW 59, 133
[3]) Eb. Schmidt - Festschrift S. 212
[4]) Eb. Schmidt - Festschrift S. 194
[5]) Maurach AT § 45 I c
[6]) Unterlassungsdelikte S. 63

liegt[1]). Schönke-Schröder stellen in ähnlicher Weise die Richtlinie auf, daß das Schwergewicht meist bei der (positiven) Handlung liegen wird[2]).

b) Der eigene Standpunkt

Betrachtet man den fehlgeschlagenen Heileingriff im Spiegel dieser Theorien, so zeigt sich zunächst, daß nur eine einheitliche Betrachtung zu Ergebnissen führt, die nicht als willkürlich und gewollt erscheinen. Diesem Vorwurf ist insbesondere die Methode Eb. Schmidts ausgesetzt, die den Heileingriff - eigentlich gerade gegen die propagierte soziale Sinnhaftigkeit - in zwei Teile zerreißt. Nach einer natürlichen und ungekünstelten Betrachtung im Sinne der Verkehrsauffassung, an der auch eine wertende Beurteilung i.S. von Mezger und Schmidt nicht vorbeigehen kann, stellt sich ein Heileingriff als einheitlicher Vorgang dar. Normative Aspekte dürfen die Dinge nicht auf den Kopf stellen[3]); einheitliche Lebensvorgänge, die nur als Ganzes aufgefaßt werden können, dürfen nicht sinnwidrig in Tätigkeiten und Unterlassungen aufgespalten werden. "Im Wege der Dialektik läßt sich jedes positive Tun zugleich als Unterlassen eines Nichtstuns oder eines Andershandelns begrifflich" auffassen[4]). Freilich kann man die Frage, was nun von einem einheitlichen Lebensvorgang umfaßt ist und was nicht mehr in eine komplexe Betrachtung eines Gesamtvorgangs einbezogen werden kann, nie mit naturwissenschaftlicher Exaktheit klären. Es

---

[1]) BGHSt 6, 59; ebenso Boldt ZStW 68, 346

[2]) Anm. 59 vor § 1

[3]) Spendel, Eb. Schmidt Festschrift S. 192

[4]) RGSt 20, 131

wird immer ein mehr oder weniger unbestimmtes Werturteil nötig sein, das man mit Verkehrsanschauung, Lebensauffassung oder natürlicher Betrachtungsweise umschreiben mag. Beim Heileingriff scheint mir aber dieses ungekünstelte Urteil sicher auf eine Gesamtbetrachtung von Eingriff und (geglückte oder mißglückte) Erfolgsabwendung hinauszulaufen.

Erkennt man aber an, daß die "Beseitigung des Krankheitsherdes und die Abwendung der damit verbundenen Gefahren" nur als einheitlicher Vorgang genommen werden können, so kann die Wertung dieses Vorgangs nur im Sinne eines positiven Tuns ausfallen. Das läßt sich allerdings nicht damit begründen, daß in Zweifelsfällen immer eine Begehungstat vorliege. Wie Roxin richtig bemerkt[1]), ist das keine eigentliche Begründung; ob das Strafrecht bei solchen Situationen in erster Linie an das Handeln anknüpft (Spendel) oder ob das Schwergewicht und der soziale Handlungssinn (Schröder, Kaufmann) auf dem positiven Tun liegen, "das ist gerade die Frage, die mit der Behauptung, daß es im Zweifel so sei, noch nicht hinreichend beantwortet ist"[1]). Eine solche Priorität der positiven Handlung würde auch zu einer Verzerrung des Bildes führen, wenn eine Unterlassung von nebensächlichen Handlungen begleitet ist[2]).

In Wahrheit läßt sich daher eine Abgrenzung nur danach treffen, wo nach natürlicher Auffassung der Handlungsschwerpunkt eines komplexen Tätigkeitsbereiches liegt.[3]) Um aber festzustellen, daß bei einem einheitlichen ärztlichen Eingriff dieser Schwerpunkt auf dem positiven Tun liegt, bedarf es

---

[1]) Roxin ZStW 74, 415
[2]) so auch Schönke-Schröder, Anm. 95 vor § 1
[3]) vgl. BGH 6, 59

keines "irrationalen Gefühlsurteils"[1]), sondern einer natürlichen Betrachtungsweise[2]). Wenn auch sichere Kriterien fehlen, wonach im Einzelnen dieser Schwerpunkt zu ermitteln ist, so lassen sich doch durch einen Vergleich mit der Vorsatztat Anhaltspunkte gewinnen. Handelt der Arzt unsachgemäß, um zu töten, so liegt klar ein Begehungsdelikt vor. Daran ändert es nichts, wenn er entsprechend seinem Plan etwas unterläßt, nämlich die gebotene Sorgfalt. Denn die Modalitäten der Durchführung beeinflussen die Grundstruktur des jeweiligen Verhaltens nicht. Das äußere tatsächliche Geschehen ist in den Fällen der Fahrlässigkeit aber gleich. Die Unterscheidung von Tun und Unterlassen ist Tatsachenfrage, bei der die subjektive Einstellung des Täters belanglos ist. [3]) Dann liegt bei einem fahrlässig herbeigeführten Fehlschlag der Schwerpunkt der Vorwerfbarkeit aber ebenso auf dem positiven Tun, wie das bei vorsätzlicher Herbeiführung der Fall wäre.

bb) Der Wertung des mißglückten Eingriffs als unterlassene Erfolgsabwendung im Sinne von Eb. Schmidt steht auch noch ein weiteres Moment entgegen. Es entspricht der h.M., daß im Wesen jeder Fahrlässigkeitstat ein Unterlassungsmoment steckt. Wenn man aber die Nichteinhaltung der gebotenen Sorgfalt als Grundlage für die Annahme eines Unterlassungsdelikts nimmt bzw. dessen Tatbestand durch die Einhaltung der Sorgfalt ausschließt, so ist die Konsequenz

---

[1]) Roxin, a.a.O., S. 418

[2]) Zustimmend Koffka, Verhandlungen (II F 8), die darauf hinweist, daß die Heilbehandlung von vornherein die Gefahr einer Gesundheitsbeschädigung in sich enthält und daher nicht als Unterlassung gewertet werden könne

[3]) vgl. Ulsenheimer, Pflichtwidrigkeit, S. 95 ff

dieser Auffassung, daß alle Fahrlässigkeitstaten Unterlassungsdelikte sind. Man könnte theoretisch die fahrlässige Begehungstat völlig ausschalten, indem man den Handlungssinn stets auf den Sorgfaltsmangel verlegt[1]). Umgekehrt könnte man jedes sorgfältige aber schädigende Tun in eine der Erfolgsabwendungspflicht genügende Unterlassung umformen. Eine Unterlassungsbetrachtung nur um einer Sonderlösung für Heileingriffe willen aber wäre unzulässig.

cc) Kann man somit der Prämisse von Eb. Schmidt, dem Unterlassungscharakter des fehlgeschlagenen Eingriffs, schon nicht folgen, so bleiben auch die Ausführungen fragwürdig, die bezüglich der Erfüllung der Erfolgsabwendungspflicht gemacht werden.

Das Unterlassen der von dieser Pflicht gebotenen Haltung, das "Tatverhalten" ordnet Eb. Schmidt durchaus richtig im objektiven Tatbestand ein[2])[3]). Die Anforderungen an die Rettungshandlung sind meiner Ansicht aber anders zu stellen, als es Eb. Schmidt tut. Der Unterlassende hat grundsätzlich das zur Rettung des Rechtsguts Erforderliche zu tun, weil das Gesetz aus dem "sachlich-personell erhöhten Pflichtenkreis"[4]) die Erfolgsabwendung verlangen kann. Wenn es dem Recht aber auf diese Abwendung des schädigenden

---

[1]) Maurach AT § 45 I c; Roxin, a.a.O., S. 418

[2]) vgl. Schönke-Schröder, § 1 Vorb. 100; Maurach AT § 46 III B

[3]) Dagegen entspricht die Klassifizierung der Erfolgsabwendungspflicht selbst als Tatbestandsmerkmal seit BGH 16, 155 nicht mehr der h.L. Vgl. dazu Maurach AT § 46 III A und Dreher § 59 II D 5

[4]) Maurach AT § 46 III B

Erfolgs ankommt, sind die Voraussetzungen dieser Rettungshandlung objektiv zu bestimmen; es ist demnach ohne Rücksicht auf Kenntnis oder Kenntnismöglichkeit des Unterlassenden nach objektiven Kriterien festzustellen, was zur Erfolgsabwendung erforderlich ist[1]). Ein Handeln mit blosser Erfolgsabwendungstendenz kann danach den Anforderungen an die Rettungshandlung nicht genügen.[2]) Deshalb entspricht auch die Einhaltung eines von der lex artis gebotenen Verhaltens im Falle eines Fehlschlages diesen objektiven Anforderungen nicht. Denn wie der Mißerfolg beweist, war das konkrete sachgemäße Handeln gerade nicht die geeignete Maßnahme zur Erfolgsabwendung; nötig wäre vielleicht eine andere - ebenso kunstgerechte - Therapie gewesen oder sogar eine nach den gegenwärtigen medizinischen Anschauungen fehlerhafte Behandlung.

Eine andere Frage ist es, ob diese objektiv der Rettung dienende und daher gebotene Handlung möglich war. Nur wenn diese Frage - die Eb. Schmidt m.E. zu Unrecht mit in das gebotene Tatverhalten einbezieht - generell nach dem derzeitigen Stand der medizinischen Wissenschaft zu verneinen ist, entfällt der Tatbestand[3]). Dazu bedarf es aber keiner ex ante Betrachtung hinsichtlich der Erfolgsabwendungstendenz der vorgenommenen, vergeblichen Rettungshandlung, also über ihre Sachgemäßheit. Eb.Schmidt vermengt hier m.E. das für die Erfolgsabwendungsmöglichkeit nötige hypothetische Kausalurteil mit der ex ante Betrachtung, die zur Beurteilung der Handlungsqualität nötig sein mag[4]).

---

[1]) Schönke-Schröder § 1 Vorb. 100

[2]) ebenso Schönke Schröder § 1 Vorb. 100

[3]) Erst recht, wenn es überhaupt keine Rettungshandlung gibt. Vgl. Schönke-Schröder § 1 Vorb. 82; Dreher Vor § 1 D V

[4]) vgl. Mezger StuB I S. 78

Dagegen berührt die Frage, ob der Arzt eine generell mögliche Rettungshandlung (z.B. eine Außenseitertherapie) hätte erkennen können, nicht den objektiven Tatbestand, sondern den subjektiven. Wer das Falsche tut - und auch der lege artis handelnde Arzt kann objektiv das Falsche tun, wenn eine andere Methode den Patienten gerettet hätte - haftet strafrechtlich nur, wenn seine Säumnis fahrlässig war[1]). Das wiederum ist nur der Fall, wenn der Arzt ein von ihm allein zu verlangendes Handeln lege artis nicht erbracht hat. Damit läuft die Unterlassungsbetrachtung doch wieder auf das bekannte Fahrlässigkeitsproblem hinaus, nämlich wie die Einhaltung der generell gebotenen Sorgfalt zu werten ist, ob im Tatbestand oder erst in der Rechtswidrigkeit[2]).

Man sieht also, daß der von Eb. Schmidt vorgeschlagene Weg sowohl hinsichtlich der Unterlassungsbetrachtung überhaupt, wie auch in der weiteren Ausgestaltung zu keiner Lösung führt. Er ist zudem den Einwänden ausgesetzt, die jeder Zweckkonstruktion begegnen. Diese Einwände gelten prinzipiell auch gegenüber der Ansicht von Mezger, soweit er nur die Unterlassung von Vorkehrungen als tatbestandsrelevante Kausalität anerkennt[3]). Soweit Mezger die Kausalfrage ins Spiel bringt, wird im folgenden Stellung genommen.

---

[1]) Schönke-Schröder § 1 Vorb. 90

[2]) vgl. dazu unten, 2. Abschnitt

[3]) Mezger-Blei, StuB II S. 50

III. Die Kausalität des sachgemäßen Eingriffs für den Erfolg

1. Oberblick über die Theorie

Wie im vorangestellten Oberblick schon gezeigt wurde, bietet auch die Kausalitätsfrage einen Anlaß, sich mit dem fehlgeschlagenen Heileingriff zu beschäftigen. Zur Sichtung der auf dieser Ebene sich für eine Lösung bietenden Möglichkeiten erscheint ein kurzer systematischer Oberblick über die Kausalitätstheorien angebracht.

a) Die wohl absolut herrschende und von Reichsgericht und BGH in ständiger Rspr. vertretene[1]) Bedingungstheorie bietet keine solche Möglichkeit zur Ausklammerung sorgfaltsgemäßer Schädigungen. Nach ihrer gebräuchlichen Formulierung ist eine Handlung dann Ursache eines Erfolgs, wenn sie nicht hinweggedacht werden kann, ohne daß der Erfolg entfiele. Dabei sind alle Bedingungen gleichwertig (äquivalent), auch wenn es sich um untergeordnete handelt. Durch diese fehlende Unterscheidung von Ursache und Bedingung wird der Begriff des Ursächlichen sehr weit ausgedehnt, für eine Ausklammerung von atypischen Mißerfolgen trotz sachgemäßen Handelns ist daher kein Raum. Dies bedeutet im übrigen auch keine unbillige Belastung des Arztes, weil die Feststellung der Ursächlichkeit seines Handelns für einen Erfolg noch keineswegs ein Unwerturteil beinhaltet.

---

[1]) Vor allem RG 44, 244; BGH 7,114. Vertreter in der Literatur sind z.B. Schönke-Schröder vor § 1 57 ff; Baumann, S. 206 ff; Dreher vor § 1 B II 3 b mit weiteren Nachweisen

b) Trotzdem hat der weit gespannte Rahmen der Bedingungstheorie zu Versuchen geführt, das Gebiet des Ursächlichen durch eine objektive Haftungsbegrenzung einzuengen. Nach diesen Theorien wird zwar die Ursächlichkeit einer Bedingung ebenfalls nach der conditio sine qua non-Formel ermittelt, strafrechtliche Haftung für einen Erfolg soll aber nur nach dem jeweiligen Sinn der einzelnen strafrechtlichen Tatbestände eintreten.

aa) Charakteristischer Vertreter einer derartigen Auffassung ist Mezger. Er unterscheidet scharf zwischen dem Kausalgedanken und dem Haftungsgedanken und lehnt es dementsprechend ab, aus der kausalen Gleichwertigkeit der Bedingungen auf ihre juristische Gleichwertigkeit zu schließen: "Voraussetzung jedes in den strafrechtlichen Tatbeständen genannten Ursachenzusammenhangs ist die Kausalität im logischen Sinne; aber erst diese Tatbestände selbst entscheiden darüber, ob für den (unrechts- und schuldbegründenden) Zusammenhang noch weitere Voraussetzungen gefordert werden müssen"[1]). Mit Hilfe dieser zusätzlichen Voraussetzung der sog. "Relevanz" kann Mezger den fehlgegangenen Eingriff aus einer "dem Sinn der §§ 222, 223 ff entsprechenden" Kausalität ausklammern[2]). Der Arzt hat zwar eine Verletzung oder Tötung im logischen Sinne verursacht, diese Voraussetzung ist aber, weil der Eingriff sachgerecht vorgenommen wurde, für die Körperverletzungs- bzw. Tötungstatbestände nicht relevant.

---

[1]) Mezger StuB I S. 71; JZ 1958, 282; Mezger-Blei StuB I S. 76

[2]) Mezger StuB II S. 50; daß er den "Sinn" hier in einer Unterlassungsbetrachtung sieht, wurde schon oben dargestellt

bb) Eine "Relevanztheorie" vertritt nunmehr auch Welzel[1]). Auch er unterscheidet zwischen Erfolgsbedingungen, die nach der conditio-sine-qua-non Formel zu ermitteln sind, und zwischen strafrechtlich relevanten Zusammenhängen. Bei Fahrlässigkeitsdelikten hält Welzel einen Zusammenhang nur dann für relevant, wenn er sich innerhalb der objektiven Voraussehbarkeit hält. Da die objektive Voraussehbarkeit eines Erfolgs zugleich Inhalt der objektiven Sorgfaltspflicht ist, scheiden gleichzeitig alle nicht-adäquaten Kausalverläufe aus den Tatbeständen der fahrlässigen Delikte aus[2]).

cc) Eine haftungsbeschränkende Kausaltheorie vertritt auch H. Mayer. Nach seiner Auffassung kommt es darauf an, ob der Erfolg dem Willen des Täters nach Rechtsgrundsätzen objektiv zuzurechnen ist[3]). Grundlage dafür ist der von H. Mayer entwickelte Handlungsbegriff, der die Handlung als objektivierten Willen begreift. Dementsprechend ist ein Kausalnexus in drei Stufen auf seine Willensrelevanz zu prüfen: die vom Täter gesetzte Bedingung muß conditio sine qua non sein; als Bestandteil der Handlung kann aber immer nur ein Erfolg gelten, der für den menschlichen Willen einigermaßen berechenbar, dh. nicht ganz unwahrscheinlich war; schließlich

---

[1]) 11. Auflage, S. 46

[2]) a.a.O. S. 132; Welzel stellt damit eine Verbindung von Kausalität und objektiver Sorgfaltsverletzung her, die übrigens schon Ludwig v. Bar 1871 gezogen hat, indem er Schädigungen innerhalb des erlaubten Risikos als nicht kausal herbeigeführt ansah (a.a.O. S. 11 ff). Weiteres zum Standort der objektiven Sorgfalt s.u. 2. Abschnitt

[3]) H. Mayer, AT S. 133; StuB S. 72 f.

besteht ein Regressverbot, d.h. die Handlung reicht nur so weit als die Willensherrschaft reicht. Ein gänzlich unwahrscheinlicher und nicht zu steuernder letaler Ausgang einer Operation wäre also nach dieser Theorie vom Arzt verursacht, ihm aber nicht "objektiv zuzurechnen".

dd) Als haftungsbeschränkende Theorie wird man auch die Meinung Oehlers ansehen können, wonach der Kausalzusammenhang ebenfalls zunächst nach der Bedingungstheorie festzustellen ist. "Er ist aber nur tatbestandsmäßig und damit strafrechtlich relevant, soweit die objektive Bezweckbarkeit der Handlung überhaupt reicht. Nur soweit mit der Handlung der Erfolg objektiv steuerbar ist, kann der Ursachenzusammenhang für das Strafrecht bedeutungsvoll sein"[1]). Aus dem Tatbestand scheiden nach Oehler alle Handlungen aus, deren Ursachenverlauf nicht mehr menschlich beherrschbar ist[2]), weil der überhaupt zu denkende, mit dieser Handlung verbundene Zweck die äußerste Grenze menschlicher, gezielter Einwirkungsmöglichkeit darstellt. Die Grenze für relevante Zusammenhänge besteht aber nicht schon in Handlungen, die verkehrsüblich nicht bezweckbar sind, weil sonst der Kausalzusammenhang untragbar eingeengt würde. Vielmehr gibt der Begriff der objektiven Bezweckbarkeit immer nur die überhaupt mit menschlicher Vernunft bestimmbare und beherrschbare äußerste Grenze für den relevanten Ursachenzusammenhang an[3]). Bezieht man das auf ärztliche Eingriffe, so ergibt sich, daß keinesfalls

---

[1]) Oehler, objektives Zweckmoment, S. 72
[2]) Oehler, Erlaubte Gefahrsetzung, S. 237
[3]) Oehler, Obj. Zweckmoment, S. 72/73

alle sachgerechten Maßnahmen aus der Kausalitätsbetrachtung ausscheiden, sondern nur solche Schädigungen, die von Ärzten schlechterdings nicht vermeidbar sind[1]).

c) Den Ansichten, die das Gebiet des Ursächlichen durch eine objektive Haftungsbegrenzung einzuengen versuchen, stehen die Versuche gegenüber, den Begriff des Ursächlichen selbst einzuschränken. Innerhalb dieser Grundauffassung lassen sich wiederum generalisierende und individualisierende Theorien unterscheiden.

aa) Diese letztere Richtung versucht in vielfältiger Weise Ursachen von bloßen Bedingungen des Erfolgs zu scheiden. So ist z.B. als Ursache nur die menschliche Tätigkeit angesehen worden, die den zum Erfolg hinwirkenden Kräften das Übergewicht über die abhaltenden gewährt[2]). Nach anderer Auffassung ist Ursache nur die wirksamste Bedingung[3]), oder die Triebkraft, die entscheidend für die Qualität der Wirkung ist[4]). Allen diesen Betrachtungsweisen ist gemeinsam, daß sie die entscheidende Ursache des Erfolgs nach der naturwissenschaftlichen Wirkung von Kräften ermitteln und daher oft atypische Ursachen nicht ausscheiden können. Sie bieten deshalb keine Lösung für fehlgeschlagene Heileingriffe, die ja wohl die "wirksamste Bedingung" oder die

---

[1]) Im übrigen bildet nach Oehler der Heilzweck die Rechtfertigung für alle Eingriffe nach dem Grundsatz des richtigen Mittels zum richtigen Zweck. Vgl. Zweckmoment S. 168

[2]) So Binding, Normen I S. 113 ff

[3]) Birkmeyer GS 37, 254 ff

[4]) Kohler GA 51, 327

entscheidende "Triebkraft" der eintretenden Schädigung sind. Eine nähere Erörterung erübrigt sich somit, zumal die individualisierenden Theorien in Schrifttum und Rechtsprechung keinen Anklang gefunden haben[1]). Das gilt auch für die von Nagler begründete Individualisierungstheorie, wonach die Ursächlichkeit einer Handlung nach sozialen Wertungen festzustellen ist. Diese sind die "festen gemeinschaftsbezogenen Wertmesser", die ein verwertbares Ausleseprinzip beinhalten sollen. Ursache ist dementsprechend nur die "im sozialen Zusammenhang für das Zustandekommen des Erfolgs ausschlaggebende Bedingung"[2]). Mit Hilfe dieses sozialen Maßstabes schließt Nagler einerseits bestimmte Fälle des erlaubten Risikos als (Mit-)Ursache aus, indem er etwa nur den die Schranke nicht schließenden Bahnwärter und nicht den auf die Freiheit der Strecke vertrauenden Lokführer als für einen Unfall kausal ansieht[2]); andererseits wertet er aber auch atypische Kausalabläufe als ursächlich, wenn der Wirkungsanteil des Handelnden nach der lebensmäßigen Bedeutung ausschlaggebend ist: "Verursachung kann demnach auch dann angenommen werden, wenn infolge eines unvoraussehbaren Umstands der Erfolg eintritt, z.B. infolge der besonderen Leibesbeschaffenheit des Verletzten oder nachträglich infolge zufälliger Verschärfung des ursprünglichen Handlungsergebnisses (z.B. Wundinfektion)"[3]).

Bezogen auf ärztliche Behandlungssituationen müßte Nagler demnach den sachgerecht handelnden Operateur im Verhältnis zum fehlerhaft narkotisierenden Anästhesisten als nicht ursächlich für den etwaigen Tod des Patienten bezeichnen, diese Ursächlichkeit aber bejahen, wenn dieselbe

---

[1]) Zu den individualisierenden Theorien vgl. Maurach, AT § 18 II C; Nagler LK S. 26 ff

[2]) Nagler LK S. 27

[3]) Nagler LK S. 29

sachgerechte Operation infolge eines plötzlichen Herzversagens unglücklich verläuft. - Eine Differenzierung, die schwer verständlich wäre.

bb) Diese unbefriedigende Verschiedenbehandlung gleichliegender Fälle vermeidet die generalisierende Adäquanztheorie, die nach der Bedingungstheorie am meisten befürwortet wird. Sie sieht als verursacht nur solche Folgen einer Handlung an, mit deren Eintritt nach allgemein menschlicher Lebenserfahrung vom Standpunkt des kundigen, nachträglich urteilenden Richters gerechnet werden konnte (obj. nachträgliche Prognose). Auch die Adäquanztheorie schaltet das hypothetische Eliminierungsverfahren der conditio sine qua non vor[1]), filtert aber diejenigen Bedingungen aus, die nach der allgemeinen Erfahrung nicht geeignet sind, den tatbestandsmäßigen Erfolg herbeizuführen: "Ursache ist also nur die dem Erfolg adäquate Bedingung; die Ursächlichkeit einer Bedingung entfällt bei völlig regelwidrigem, gänzlich "inadäquatem" Kausalverlauf"[2]). Die Beurteilung des adäquaten Verlaufs soll nach der erwähnten objektiv-nachträglichen Prognose eines unbefangenen Betrachters erfolgen, dem aber nicht nur sein Erfahrungswissen sondern auch das Tatsachenwissen des Täters zur Zeit der Tat zu unterstellen ist. [3])

Die so vorzunehmende objektiv-nachträgliche Prognose bedeutet demnach ein nachträgliches Erfahrungsurteil über die generelle Eignung einer Handlung zur Erfolgsherbeiführung. Dieses Urteil wollen die Vertreter der Adäquanztheorie

---

[1]) Sie ist also eigentlich auch eine haftungsbeschränkende Theorie.

[2]) Maurach AT § 18 II C mit weiteren Nachweisen

[3]) Maurach AT § 18 II C 2

von dem objektiven Erfahrungsurteil abgegrenzt wissen, das der Richter über die Einhaltung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt zu treffen hat: "Auch nach der Adäquanztheorie bedeutet die Bejahung des Kausalzusammenhangs noch nicht, daß der Täter die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer acht gelassen hat"[1]). Umgekehrt geht die Adäquanztheorie nicht so weit, jeder sachgemäßen Handlung die Ursächlichkeit für einen schädigenden Erfolg abzusprechen[2]). Nur atypische Kausalabläufe werden ausgeschieden; kausal ist also der Heileingriff, bei dem auch bei sachgemäßer Vornahme erfahrungsgemäß Mißerfolge eintreten können. Dagegen entfällt die Ursächlichkeit, wenn eine zwar gefährliche Betriebshandlung typischerweise einen solchen Schaden nicht herbeiführen kann. Dies wäre etwa der Fall, wenn der Patient nach einer Zahnbehandlung infolge Herzversagens stirbt. Der Vorteil dieser Betrachtungsweise liegt darin, daß die Rechtswidrigkeits- und Schuldfrage erst gestellt zu werden braucht, nachdem diese typische Ursächlichkeit der Betriebshandlung für den Erfolg feststeht[3]).

2.) Die Kausalität der Pflichtwidrigkeit

Diese erwähnte (typische) Ursächlichkeit der Betriebshandlung führt auf eine besondere Problematik der Ursächlichkeit bei den Fahrlässigkeitsdelikten, der sich eigentlich alle oben skizzierten Theorien gegenübersehen. Es geht um die Frage, ob der Erfolg gerade durch Fahrlässigkeit verursacht werden muß, d.h. ob er auf dem Teil der Handlung

---

[1]) Maurach AT § 18 II C 2

[2]) Wie es etwa Heimberger und teilweise auch Nagler getan haben

[3]) vgl. dazu Maurach GA 1960, 103

beruhen muß, der dem Täter als Pflichtwidrigkeit zum Vorwurf gemacht werden soll[1]): "Gerade der Einzelumstand, dem das Merkmal der Pflichtwidrigkeit anhaftet, muß kausal sein"[2]). Diese Betrachtungsweise dient dazu, hypothetische Kausalverläufe in der Weise zu berücksichtigen, daß die Ursächlichkeit eines pflichtwidrigen Verhaltens dann verneint wird, wenn der Erfolg auch bei pflichtgemäßem Verhalten eingetreten wäre[3]). Diese Problematik liegt zwar neben dem hier behandelten Thema und ist auch Gegenstand eingehender Arbeiten[4]); sie ist aber insoweit bedeutsam, als die Ansichten, die mit der Kausalitätsprüfung an der Pflichtverletzung ansetzen, eine sozialadäquate Handlung nicht als ursächlich ansehen dürften. Wenn nämlich die Ursächlichkeit einer ordnungswidrigen Handlung mit der Begründung verneint wird, der Erfolg wäre auch bei verkehrsrichtigem Handeln eingetreten, so kann dieses verkehrsrichtige Handeln selbst erst recht nicht ursächlich sein[5]). Eine Konsequenz die aber - abgesehen von Nagler - niemand zieht.

3.) Stellungnahme

a) Eine kritische Wertung des Kausalproblems hat daher auch zunächst festzustellen, daß Ansatzpunkt einer Kausalbetrachtung nur die Handlung des Täters und nicht ihre

---

[1]) So die Formel in BGH 11,3

[2]) OLG Karlsruhe NJW 1958, 430

[3]) vgl. Schönke-Schröder § 59, 159 a ff

[4]) Arthur Kaufmann, Eb. Schmidt-Festschrift S. 200; Ulsenheimer, Pflichtwidrigkeit; Roxin ZStW 74, 411 ff mit weiteren Nachweisen

[5]) Ulsenheimer, a.a.O., S. 109

Pflichtwidrigkeit sein kann. Es ist zwar richtig, daß der konkrete Tatbestand heranzuziehen ist, um den Umfang einer für das Strafrecht bedeutsamen Verursachung festzustellen[1]). Das darf aber bei Fahrlässigkeitstaten nicht dahingehend mißverstanden werden, daß eine ursächliche Verknüpfung auch zwischen der "tatbestandlichen Qualität"[2]) der Handlung, also der Fahrlässigkeit und dem Erfolg besteht. Dem ist entgegenzuhalten, daß schon rein begrifflich von einer Verursachung bei irrealen Begriffen wie Fahrlässigkeit, Pflichtwidrigkeit, Sorgfaltspflicht u.ä. nicht gesprochen werden kann. Kausal kann immer nur das konkrete und reale Verhalten des Täters sein, nicht aber etwas Abstraktes und Irreales[3]). Insoweit ist der Wortlaut der §§ 230, 222 ("Wer durch Fahrlässigkeit den Tod eines Menschen verursacht...") nicht ganz korrekt, denn der Tod eines Menschen kann nicht durch "Fahrlässigkeit", sondern nur durch eine "fahrlässige Handlung" verursacht werden.

Ein Abstellen auf das Pflichtwidrige eines Verhaltens würde auch eine unzulässige Einengung der Kausalitätsprüfung bedeuten. "Wenn die Kausalitätsprüfung nicht ihren Sinn verlieren soll, darf von dem Täterverhalten nicht die Tatsache abstrahiert werden, die ihm den Stempel pflichtwidrigen Verhaltens erst aufprägt"[4]). Der schuldhafte Einzelumstand kann deshalb unmöglich als Anknüpfungspunkt der strafrechtlichen Kausalitätsprüfung angesehen werden[5]).

Es ist schließlich auch methodisch verfehlt, im Rahmen der

---

[1]) Darüber besteht im Ergebnis Einigkeit; vgl. Maurach AT § 18 I C

[2]) Lange ZStW 73, 101

[3]) A. Kaufmann, E. Schmidt-Festschrift S. 220

[4]) OLG Stuttgart NJW 58, 1550

[5]) Salm, a.a.O., S. 158

Erörterung des Kausalzusammenhangs Gesichtspunkte der Verkehrswidrigkeit oder Pflichtwidrigkeit zu behandeln. Mit der Kausalitätsfrage soll "ein Band der Erkenntnis zwischen der Handlung des Täters und dem von dieser Handlung herbeigeführten tatbestandsmäßigen Erfolg"[1]) geknüpft werden, eine Wertung ist damit nicht verbunden. Eine solche nimmt man aber vor, wenn man die Pflichtwidrigkeit als Anknüpfung der Kausalbetrachtung hernimmt[1]).

Unabhängig davon, wie hypothetische Kausalverläufe innerhalb des Verbrechensaufbaus zu berücksichtigen sind[2]), kann jedenfalls soviel festgestellt werden, daß die Ursächlichkeit nicht von der Pflichtgemäßheit oder Pflichtwidrigkeit der Handlung abhängt.[3]) Eine derartige Betrachtung kann somit auch nicht zur Verneinung der Ursächlichkeit eines jeden sachgerechten und damit pflichtgemäßen Eingriffs führen.

b) Ob überhaupt im Kausalbereich eine Ausklammerung (aller oder einiger) sachgerechter Eingriffe möglich ist, hängt davon ab, wie man die Vor- und Nachteile der verschiedenen Kausaltheorien gegeneinander abwägt.

aa) Für die individualisierenden Theorien kann diese Abwägung nicht positiv ausfallen. Sie sind in Wahrheit gar

---

[1]) vgl. Spendel a.a.O., S. 186

[2]) vgl. dazu Ulsenheimer a.a.O., der die Tatbestandsmäßigkeit verneint, wenn der Erfolg auch bei pflichtgemäßem Verhalten eingetreten wäre. A. Kaufmann a.a.O. verneint die Rechtswidrigkeit, während Spendel a.a.O. Kausalität, Rechtswidrigkeit und auch Schuld bejaht.

[3]) Ebenso Dreher Vor § 1 B II 3 b mit weiteren Nachweisen

keine echten Kausaltheorien, sondern "Wertdifferenzierungstheorien", weil sie mit Hilfe der Individualisierung den Kausalwert der verschiedenen Bedingungen juristisch verschieden bewerten[1]). Für diese Bewertung bieten sie aber durchweg keinen festen Maßstab. Sofern sie von einer naturwissenschaftlichen Betrachtung ausgehen, ist die Bewertung der einzelnen Bedingungen nach ihren Wirkungsanteilen als Maßstab undurchführbar. Einmal ist die "kausale Größe der Wirkungsanteile nur selten meßbar"[2]), zum anderen gibt die naturwissenschaftliche Wirkungsweise von Kräften keinerlei Aufschluß über ihre strafrechtliche Erheblichkeit[3]); denn der menschliche Wille kann auch der unscheinbarsten Bedingung wirkende Kraft verleihen[1]). Der Haupteinwand gegen die individualisierenden Theorien, nämlich daß sie kein sicheres, praktisch verwertbares Ausleseprinzip anzubieten haben, trifft auch die Theorie Naglers, dessen "sicherer Maßstab" sich auch nicht als der "feste gemeinschaftsbezogene Wertmesser"[4]) hat erweisen können. Denn dafür, was die "im sozialen Zusammenhang für das Zustandekommen des Erfolgs ausschlaggebende Bedingung"[5]) bedeuten soll, fehlt jede scharfe Abgrenzung.Nagler ist hier, wie auch die anderen Vertreter einer individualisierenden Betrachtung, auf ein irrationales Werturteil oder den Appell an den gesunden Menschenverstand angewiesen.

Ist somit die Arbeitsmethode dieser Theorien unbefriedigend, so sind auch ihre Ergebnisse nicht immer einleuchtend. So schließt Nagler - wie oben dargestellt - die Ursächlichkeit

---

[1]) H. Mayer, StuB S. 71
[2]) Welzel 11.A S. 47
[3]) Maurach AT § 18 II C 1
[4]) Nagler LK S. 27
[5]) Nagler a.a.O.

eines verkehrsrichtigen Verhaltens im Verhältnis zum Mitverursacher aus, während er die Kausalität auch atypischer Verläufe anerkennt. Wegen dieser "offensichtlichen Verschiedenbehandlung sachlich gleichliegender Fälle"[1]) sind damit auch die Folgerungen aus der Theorie Naglers praktisch nicht verwertbar.

bb) Vom Ergebnis her gesehen, vermag die Adäquanztheorie durch Ausschaltung atypischer Kausalverläufe am ehesten eine Vorfilterung offensichtlich nicht strafwürdiger Heilbehandlungen zu gewährleisten. Sie kann schon sehr früh nicht strafrechtserhebliche Vorgänge ausscheiden, ohne wie die Vertreter der Bedingungstheorie auf die Einengung eines weit gesteckten Kausalbegriffs durch Korrekturen im Rahmen der Rechtswidrigkeit oder Schuld angewiesen zu sein. Damit wird sie - jedenfalls für atypische Fehlschläge - den Ansichten gerecht, die eine Bejahung der Tatbestandsmäßigkeit bei ärztlichen Eingriffen für unzumutbar halten.

Trotz dieser Vorzüge kann der Adäquanztheorie nicht gefolgt werden. Steckt die Bedingungstheorie den Kausalrahmen sehr weit, so engt die Adäquanztheorie durch die Betonung der Gattungswirkung das Blickfeld strafrechtlicher Betrachtung zu weit und zu früh ein[2]). Nagler hat zu Recht darauf hingewiesen, daß sich im Sozialleben gesetzlich im Sinne der typischen Wiederholung nur ein Teil der Vorgänge abspielt. Alles Geschehen ergibt sich doppelläufig aus dem Zusammentreffen genereller und singulärer Gestaltung. "Es ist daher methodisch verfehlt, nur das Typische in den Ursachenbegriff eingehen zu lassen. Die Lebenswirklichkeit ... wird damit unzulässig rationalisiert und zugleich verkürzt"[3]).

---

[1]) Maurach AT § 18 II C 1

[2]) vgl. Oehler, Erlaubte Gefahrsetzung, S. 234

[3]) Nagler aK S. 25

Es ist verfrüht, diese Lebenswirklichkeit, die ja erst zur strafrechtlichen Bewertung ansteht, schon quasi vortatbestandlich eben dieser Beurteilung gar nicht vorzulegen. Daß mit dieser "Vorlage" eine "generalisierende Vorbelastung" des Täters verbunden ist[1]), kann nicht anerkannt werden. Gerade Maurach hat betont, daß die Rolle der Kausalität nicht überschätzt werden darf: "weder folgt aus der Bejahung des ursächlichen Zusammenhangs ohne weiteres das Vorliegen einer Straftat, noch aus seiner Verneinung stets das Entfallen eines Verbrechens"[2]). Umgekehrt bedarf es zur Ausscheidung gänzlich strafrechtsunerheblicher Vorgänge aus dem Wirkungsgebiet des Strafrechts nicht der Adäquanztheorie, weil auch die Befürworter der Bedingungstheorie anerkennen, daß die Kausalprüfung nur mit Blick auf den konkreten Tatbestand vorgenommen werden kann. Für eine weitergehende Einschränkung, die im übrigen der natürlichen Sinnbedeutung widerspricht[3]), besteht zumal nach Einführung des § 56 kaum ein Bedürfnis, da das Ziel, den Handelnden nicht für einen außergewöhnlichen Kausalverlauf haften zu lassen, fast stets auf anderen Stufen des Verbrechensaufbaus erreicht werden kann[4]).

Schwerer als der Einwand der unzulässigen Einschränkung des Verursachensbegriffs wiegt meines Erachtens der Vorwurf mangelnder Bestimmtheit, der gegen die Adäquanztheorie erhoben werden kann.[5]) Denn auch der - allenfalls annehmbare -

---

[1]) Maurach AT § 18 II C 2

[2]) Maurach AT § 18 I A 3

[3]) Es wird für einen Laien schwer verständlich sein, daß der regelwidrige Herztod eines Patienten nicht durch die Operation verursacht worden sein soll.

[4]) Dreher Vor § 1 B II 3 a

[5]) Diesen Vorwurf erkennen auch ihre Befürworter als berechtigt an; vgl. Maurach AT § 18 II C 2

Maßstab einer objektiv nachträglichen Prognose entbehrt der begrifflichen Schärfe, die die Bedingungstheorie auszeichnet und sie zu einer eindeutigen, rational nachzuvollziehenden Lösung kommen läßt. Die Antwort der Adäquanztheorie auf die Frage der Ursächlichkeit hängt demgegenüber von dem grundsätzlich nicht abgrenzbaren Maß des Wissens ab, das dem "unbefangenen ex-ante-Beobachter" zu unterstellen ist[1]). Es ist der Nachteil jeder generalisierenden Wahrscheinlichkeitsbetrachtung, daß sie auf ein Werturteil über Wirkungszusammenhänge angewiesen ist, das notwendig einen Spielraum offenläßt. Auch wenn man sich auf den Standpunkt des unbefangenen ex-ante-Beobachters, der auch mit dem Täterwissen ausgestattet ist, einigt, ist es doch unmöglich, genau zu bestimmen, womit nach seinem "verständigen" Urteil "vernünftigerweise gerechnet" werden muß. Gerade bei ärztlichen Heileingriffen ist es unmöglich zu sagen, wann typischerweise mit einem Mißerfolg gerechnet werden muß. Der Tod während der Narkose oder das Kreislaufversagen nach einer Operation sind keine ungewöhnlichen Vorkommnisse, es muß aber vernünftigerweise nicht unbedingt mit ihnen gerechnet werden. Überhaupt ist eigentlich jede sachgerechte Routine-Operation allgemein und erfahrungsgemäß nicht geeignet, einen schädigenden Erfolg herbeizuführen, sonst dürfte sie gar nicht vorgenommen werden. So weit geht aber kein Vertreter der Adäquanztheorie, daß er die typische Ursächlichkeit nur für riskante Eingriffe bejahen würde. Man sieht also, daß die Grenze dessen, was typischerweise erwartet werden kann, äußerst flüssig ist und im Falle von Heileingriffen nicht einmal von Sachverständigen allgemeinverbindlich zu klären sein wird. Eine derartige Unbestimmtheit im tatbestandlichen Bereich muß

---

[1]) vgl. Liszt-Schmidt I S. 168

aber nicht zuletzt auch verfassungsrechtlichen Bedenken begegnen. Die Tatbestände erhalten durch das erst nach der Tat zu klärende Merkmal der adäquaten Verursachung unscharfe Ränder und sind daher nicht berechenbar. Eine derartige unzureichende Bestimmtheit verträgt sich schlecht mit dem Rechtsstaatsprinzip[1]). Damit soll nicht gesagt sein, daß die im Zivilrecht immerhin absolut herrschende Adäquanztheorie im Strafrecht verfassungswidrig wäre; verfassungsrechtliche Wertentscheidungen sollten aber gerade im Strafrecht unter der Geltung des Satzes nulla poena sine lege (stricta) nicht ohne Einfluß bleiben.

Der letzte Einwand, der gegen die Adäquanztheorie vorgebracht werden soll, ist der des systematischen Standorts des Adäquitätsurteiles. Wie mehrfach erwähnt, wird die Kausalfrage davon abhängig gemacht, ob mit dem konkreten Ablauf des Geschehens vernünftigerweise gerechnet werden konnte. Ein wesentliches Element der Fahrlässigkeitstat ist es nun, daß vom Täter die Einhaltung der objektiv erforderlichen Sorgfalt verlangt wird. Erforderliche Sorgfalt in diesem Sinne ist aber nur die Unterlassung solcher Handlungen, die nicht "unwahrscheinlich jenen Erfolg nach sich ziehen bzw. die Vornahme solcher Handlungen, die in einer Situation, in der der Erfolg mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit zu erwarten ist, diesen abwenden"[2]). Außerachtlassung der erforderlichen Sorgfalt heißt also immer zugleich erfolgsadäqates Verhalten: "Das Merkmal der Adäquanz geht insoweit in dem Merkmal der Außerachtlassung der erforderlichen Sorgfalt auf"[2]). Man kann also zwar nicht sagen, daß ein schadensadäquates Verhalten zugleich die Verletzung der objektiv erforderlichen Sorgfalt bedeutet[3]); wer aber diese Sorgfalt nicht einhält, verhält

---

[1]) vgl. Oehler, Erlaubte Gefahrsetzung S. 234

[2]) Engisch, Kausalität, S. 53

[3]) Insoweit ist Maurach AT § 18 II C 2 zuzustimmen

sich immer auch dem Erfolg "adäquat"[1]). Nicht zufällig erfolgt daher die Ermittlung sowohl des adäquaten Zusammenhangs als auch der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt vom nachträglichen Standpunkt des Richters mit Hilfe eines objektiven Erfahrungsurteils. Wenn aber ein so enger Zusammenhang der generellen Sorgfaltsverletzung mit dem Adäquitätsurteil besteht, so ist die Einbeziehung eben dieser Adäquitätsbetrachtung in den Kausalbegriff methodisch nur dann berechtigt, wenn Kausalität einerseits und generelle Sorgfaltsverletzung einschließlich Adäquanz andererseits in derselben Ebene des Verbrechensaufbaus beheimatet sind. Wie schon gezeigt wurde, steht die Frage der Kausalität im Schnittpunkt von Handlung und Tatbestand; nur wenn man nun auch das generell sorgfältige sozialadäquate Verhalten als Tatbestandsmerkmal anerkennt, stehen Adäquanz und Kausalität als Tatbestandsmerkmale in einer Reihe und es liegt nahe, beide zu einem Tatbestandsmerkmal der adäquaten Kausalität zusammenzufassen[2]).

---

[1]) Rehberg a.a.O., S. 120 spricht von einem Zirkelschluß, weil mit der Bejahung des adäquaten Zusammenhangs letztlich nichts anderes als das Bestehen der Sorgfaltspflicht bestätigt werde. Er möchte daher einen Bedingungszusammenhang zwischen der Pflichtwidrigkeit als solcher und der Rechtsgüterverletzung hergestellt wissen (a.a.O. S. 122) - vgl. dazu aber oben 3 a

[2]) vgl. Engisch, Kausalität, S. 59, der aber die Adäquanz als besonderes Tatbestandsmerkmal neben die Kausalität stellen möchte, weil sie als "intimer Bestandteil" der Außerachtlassung der erforderlichen Sorgfalt verzahnt ist mit dem erlaubten Risiko und ähnlichen die Sorgfaltspflicht betreffenden Momenten, die außerhalb der Kausalität stehen. Ähnlich jetzt auch konsequent Welzel LB 11.A S. 46 und 132, der nur adäquat-kausale Verursachungen als tatbestandsmäßig betrachten will.

Daß aber die "Außerachtlassung der erforderlichen Sorgfalt" und damit die Adäquanz nach dem Aufbau der Fahrlässigkeitsdelikte nicht in den Tatbestand einbezogen werden kann, wird später nachgewiesen.

Damit ist die Adäquanztheorie trotz ihrer unbestreitbaren Vorzüge als allgemeine Kausalitätstheorie im Strafrecht nicht brauchbar, weil sie auf Erwägungen vorgreift, die erst in späteren Bereichen des Verbrechensaufbaus[1]), nämlich nach der hier vertretenen Auffassung innerhalb der Tatverantwortung, zu berücksichtigen sind.

cc) Die gegen die Adäquanztheorie angeführten Bedenken lassen sich im wesentlichen auch gegen die haftungsbeschränkenden Theorien vorbringen. So ist mit der Zwischenschaltung der "Relevanz" gegenüber der Adäquanztheorie nichts gewonnen. Wenn sich die Adäquanz am jeweiligen Sinn der Tatbestände orientieren soll und dieser sich "auf erfahrungsgemäß generell geeignete Bedingungen des Erfolgs" beschränkt[2]), so gelten dieselben Bedenken, wie gegen die Verwendung des Adäquanzgedankens[3]). Allen Versuchen einer Haftungsbeschränkung gemeinsam ist der Mangel an begrifflicher Schärfe, der dann, wenn es um die

---

[1]) vgl. Dreher Vor § 1 B II 3 a; auch Welzel hat die Adäquanztheorie als allgemeine Kausallehre für undurchführbar gehalten, sie aber bei Fahrlässigkeitsdelikten angewendet (5. Auflage S. 40). Jetzt nimmt er bei unvorsätzlichen Delikten eine "relevante" Kausalität nur bei "objektiver Voraussehbarkeit" des Erfolgs an (11. A. S. 46)

[2]) Mezger StuB I S. 71; Mezger-Blei StuB I S. 76 f

[3]) Ebenso Schönke-Schröder Vorb. 73 b vor § 1

Bejahung des Tatbestands geht, nur in wirklich zwingenden Fällen hingenommen werden sollte. Das gilt für das Regulativ der "objektiven Bezweckbarkeit" ebenso wie für den Begriff der "objektiven Zurechnung" und wird besonders deutlich bei der "objektiven Voraussehbarkeit". Die hier zutage tretende Verbindung mit dem objektiven Sorgfaltsmaßstab ist in der Ebene der Tatbestandsmäßigkeit zwar konsequent, unterliegt aber dem Vorwurf einer unzulässigen, weil nicht berechenbaren Haftungsbegrenzung[1]). In Wahrheit handelt es sich hier auch gar nicht um eine Kausallehre im eigentlichen Sinn, die eine Formel für alle Verursachungsvorgänge bieten könnte, sondern um eine Kategorie der Zurechnung beim Fahrlässigkeitsdelikt. Als solche ist sie innerhalb des Tatbestands aber den gleichen Bedenken ausgesetzt, die gegen die Einfügung des objektiven Sorgfaltsmaßstabes in diese Stufe überhaupt bestehen[2]).

c) Als Ergebnis der Untersuchungen auf dem Gebiet der Verursachung bleibt festzuhalten, daß nur die Bedingungstheorie die Frage nach der Kausalität mit der gebotenen Klarheit und Unbedingtheit entscheiden kann. Damit bleibt für eine Aussonderung von sachgerecht durchgeführten Heileingriffen im allgemeinen oder von atypischen Mißerfolgen im besonderen auf der Kausalitätsebene kein Raum.

---

[1]) vgl. Ulsenheimer, S. 114 f

[2]) Dazu s. u. 2. Abschn.

IV. Zwischenergebnis

Die bisherige Darstellung hat erbracht, daß eine befriedigende Lösung von fehlgeschlagenen, aber sachgerechten Eingriffen durch das Verständnis der Körperverletzungs- oder Tötungstatbestände allein nicht zu erzielen ist. Die bisher in dieser Richtung unternommenen Versuche kranken daran, daß sie zu sehr um eine Lösung gerade für Heileingriffe bemüht sind und daher zu Konstruktionen greifen, die einer natürlichen und nüchternen Betrachtung nicht standhalten. So sehr eine Lösung des Problems wünschenswert ist, so darf sie doch dem Arzt keine Sonderstellung einräumen, die anderen Berufsgruppen nicht zugebilligt werden kann. Eine allseits befriedigende Lösung muß daher für alle verkehrsrichtigen aber "schadensgeneigten"[1]) Betriebshandlungen gelten. Da die oben behandelten Kausaltheorien hierfür nicht geeignet sind, bietet sich die schon in der einleitenden Übersicht skizzierte Behandlung im Rahmen der Fahrlässigkeitsdelikte[2]) an, die ja nur eine Bestrafung für sorgfaltswidriges Verhalten zulassen. Ob und gegebenenfalls wann ein sachgerecht ausgeführter Heileingriff zugleich auch Innehaltung dieser Sorgfaltspflicht bedeutet, ist zunächst zu klären, bevor die Frage aufgeworfen wird, inwiefern die Einhaltung der generell verlangten Sorgfalt den Arzt entlasten kann.

---

[1]) Dieser aus dem Arbeitsrecht entlehnte Begriff ist m.A. treffender als der des "riskanten Verhaltens", dem etwas der Geruch des Verwegenen anhaftet, was bei sachgerechten Eingriffen in aller Regel nicht angebracht ist.

[2]) Jedoch nur soweit sie im Zusammenhang mit "schadensgeneigten" Handlungen veranlaßt ist. Die folgende Darstellung beschränkt sich daher auf das, was von verschiedenen Autoren als "erlaubtes Risiko" bezeichnet wird. Zu diesen und ähnlichen Begriffen s.u.

2. Abschnitt: Der Heileingriff als Fahrlässigkeitsproblem

1. Unterabschnitt: Der Inhalt der objektiven Sorgfaltsverletzung und das Verhältnis zur lex artis

I.) Anforderungen der objektiven Sorgfaltspflicht

Vom Täter kann grundsätzlich nur das Maß an Sorgfalt verlangt werden, das billigerweise nach den Fähigkeiten und dem Können eines einsichtigen und besonnenen Menschen in der Lage des Täters erbracht werden kann. Das Gebot der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt legt jedem Menschen die Pflicht auf, sein Verhalten im sozialen Bereich sachgemäß, d.h. unter Beachtung und Vermeidung allgemein erkennbarer tatbestandsmäßiger Erfolge einzurichten[1]): "Objektive Sorgfalt ist die Innehaltung des im Sozialleben zur Vermeidung von Rechtsgüterverletzungen gebotenen Maßes an finaler Steuerung"[2]). Insoweit dürfte unter den Autoren Einigkeit bestehen, die überhaupt einen objektiven Maßstab der Fahrlässigkeit anerkennen[3])[4]). Differenzen gibt es aber über die Bestimmung dieses Maßstabes, insbesondere über den Umfang der dabei vorzunehmenden Generalisierung.

---

[1]) Welzel 5. A., S. 105 f; Maurach AT § 44 II B 1

[2]) Welzel, Neues Bild, S. 20

[3]) Streng individualisierend z.B. Schönke-Schröder, § 59, 165

[4]) Über die Notwendigkeit eines generellen Maßstabes vgl. unter 2. Unterabschnitt A II 1

1.) Der Umfang der Generalisierung

a) Unbrauchbar ist ein Abstellen auf die Sorgfalt des Durchschnitts. Denn darunter fallen auch allgemein eingerissene Unsitten und offensichtliche Mißbräuche[1]), die nicht die Anforderungen des Rechts bestimmen können. Diskutabel kann daher allenfalls eine Ausrichtung der Sorgfalt nach den Anforderungen sein, die üblicherweise an den Durchschnitt zu stellen sind. Doch auch diesem Maßstab wird mit Recht entgegengehalten, daß sich derartige Durchschnittsanforderungen schlechterdings nicht bestimmen lassen. Eine Normalperson, ein "homunculis normalis"[2]) mit normalen Vorsichtspflichten ist weder vorhanden noch denkbar. [3]) Ein Querschnitt zwischen den für einen Kraftfahrer und einen Chirurgen geltenden Anforderungen läßt sich nicht ziehen[4]).

b) Es bleibt demnach nur die Möglichkeit, die Anforderungen der Sorgfaltspflicht so weit zu spezialisieren, wie das ohne Individualisierung in bezug auf den Täter, also ohne Vorgriff auf Schuldgesichtspunkte, möglich ist. Hier bietet sich als Bezugspunkt die soziale Kategorie an, in welcher der Täter steht, insbesondere sein Beruf. Das Handeln des Täters ist also mit dem zu vermutenden Verhalten eines gewissenhaften und verständigen Angehörigen seines Berufs in der konkreten Situation zu vergleichen. Und zwar kann nur ein Angehöriger gerade seiner Fachrichtung als

---

[1]) vgl. Nagler LK S. 533; RGSt 26, 192; Bockelmann, Strafrecht des Arztes S. 88

[2]) Kitzinger JW 1933, S. 407

[3]) Schönke-Schröder § 59, 177

[4]) Maurach AT § 44 II B 1

Vergleichsperson maßgeblich sein, weil sich die durchschnittlichen Anforderungen z.B. an einen Augenarzt und einen Urologen auf keinen gemeinsamen Nenner bringen lassen. Eine weitere Verengung des Kreises der Vergleichspersonen ist aber abzulehnen, weil sie praktisch zu einer Aufgabe des generellen Maßstabes führen würde. Verläßt man den Berufskreis des Täters und zieht man z.B. das Erfahrungswissen der Assistenzärzte, der Klinikärzte oder der Landärzte heran, so begibt man sich jeden festen Abgrenzungsmaßstabes. Es ist dann nicht einzusehen, warum es nicht auf das Fachwissen des bayerischen Landarztes, des jungen Landarztes oder letztlich auf den Täter selbst ankommen soll.

Es ist zuzugeben, daß eine derartige Generalisierung nach den durchschnittlichen Anforderungen an einen Berufskreis denjenigen privilegiert, der aufgrund überdurchschnittlicher Fähigkeiten auch überdurchschnittliche Pflichten tragen kann[1]). Andererseits darf dem normal begabten Arzt die wünschenswerte generelle Haftungsbeschränkung nicht durch Hochschrauben der Durchschnittsanforderungen verbaut werden.

2.) Die Relativität der Anforderungen

Der eben befürwortete Maßstab des gewissenhaften und verständigen Berufsgenossen besagt aber nicht, daß nur eine Durchschnittssituation die Anforderungen der objektiven

---

[1]) Schönke-Schröder § 59, 176

Sorgfalt bestimmen könnte. Generell vom Recht gefordert ist vielmehr nur das Verhalten, das ein verständiger Mediziner gerade in der Lage des Täters hätte erbringen können[1]). Der Arzt, der einen Schwerverletzten auf der Straße versorgt, handelt nicht deshalb der objektiven Sorgfalt zuwider, weil er ein nicht steriles Besteck verwenden muß. Der Umfang der generell gebotenen Sorgfalt bestimmt sich also nach der konkreten Situation und hier vor allem nach dem Grad des Zwangs zur Durchführung einer riskanten Handlung. Die Sorgfaltsanforderungen lockern sich im gleichen Maße auf, "in dem die Vornahme einer an sich riskanten Handlung nicht ins Belieben des Betreffenden gestellt, sondern zur Erhaltung wichtiger Interessen unbedingt geboten ist: gesteigerte Not bedingt höhere Toleranz"[2]). Dies gilt insbesondere in den Fällen, in denen der Arzt vor der Entscheidung steht, mit unzureichenden Mitteln zu operieren, oder dem Patienten dem sicheren Tod zu überlassen. Es ist klar, daß das Recht hier nicht auf einer Sorgfaltsanwendung bestehen kann, die in einer gut ausgerüsteten Universitätsklinik generell zu verlangen wäre. Die objektiv erforderliche Sorgfalt ist also situationsbezogen und unterliegt dadurch einer Relativierung, die gleichzeitig eine gewisse Individualisierung der Anforderungen bedingt, ohne andererseits von den persönlichen Fähigkeiten des Täters und damit von Schuldmaßstäben auszugehen.

---

[1]) Welzel 5. A. S. 108; 11.A. S. 132

[2]) Maurach AT § 44 II B 1

II.) Die objektive Sorgfalt und die lex artis

1.) Sorgfaltseinhaltung bei kunstgerechtem Handeln

a) Vergleicht man die Anforderungen der objektiven Sorgfalt mit dem oben[1]) gefundenen Inhalt der lex artis, so erweist sich diese als gleichbedeutend mit dem die Sorgfalt bestimmenden Verhalten eines gewissenhaften und verständigen Arztes. Denn was könnte besser über die an einen Arzt zu stellenden Anforderungen Auskunft geben, als die Kunstregeln, die das zur Vermeidung von Gutsbeeinträchtigungen gebotene Maß an finaler Steuerung umschreiben. Damit entsprechen alle sachgerecht vorgenommenen Heileingriffe, also nach der anfänglich vorgenommenen weiten Umschreibung auch neue Methoden und Verfahren von Außenseitern, der generell erforderlichen Sorgfalt.

b) Gelegentlich wird demgegenüber die Möglichkeit bejaht, daß es Pflichtverletzungen gäbe, die nicht "Kunstfehler" seien[2]). Doch beruht diese Verschiedenheit zum Text nicht auf sachlicher Divergenz, sondern auf der verschiedenen Auslegung des Kunstfehlerbegriffs. Während Bockelmann[2]) diesen sicherlich schillernden Begriff als Verstoß gegen "allgemein anerkannte Regeln der ärztlichen Wissenschaft" interpretiert, ist er m.E. nur in der Negation des eingangs entwickelten "sachgerechten Handelns", also der lex artis im weiteren Sinne, zu verstehen. Begreift man den Kunstfehlerbegriff so, können Kunstverstöße auch dann vorliegen, wenn sich allgemein akzeptierte Regeln noch

---

[1]) § 2 I 3

[2]) So Bockelmann, Strafrecht des Arztes, S. 86

nicht gebildet haben. Umgekehrt besagt das Fehlen eines Kunstfehlers, also die Sachgerechtheit des Handelns, dann gleichzeitig die objektive Pflichtgemäßheit des Vorgehens.

c) Auch der BGH[1]) hat einmal die Ansicht geäußert, daß kunstgerechtes Handeln möglicherweise sorgfaltswidrig sein könne. Wie Bockelmann richtig ausführt[2]), hat diese Feststellung nur Sinn, wenn es bedeuten soll, daß ein im allgemeinen sachgerechtes Verfahren im besonderen Fall einmal unangebracht ist. Damit ist aber nur die oben dargestellte - wohl selbstverständliche - Fallbezogenheit jeder Heilmethode unterstrichen. Die Gebräuchlichkeit einer Heilmethode allein genügt ja noch nicht zur Annahme einer sachgerechten Heilbehandlung. Eine verfahrensmäßig anerkannte aber nicht indizierte Behandlung kann niemals sachgerecht sein, womit die Richtigkeit des Schlusses von der Kunstgerechtheit eines Eingriffs auf seine Sorgfaltsgemäßheit wiederhergestellt ist.

2. Sorgfaltseinhaltung bei regelwidrigem Handeln

Der umgekehrte Schluß vom Vorliegen eines Kunstfehlers auf die Annahme eines Sorgfaltsverstoßes ist allerdings nicht berechtigt.

a) Dies gilt zunächst in dem Sinne, daß ein Verstoß gegen eine allgemein anerkannte "Kunstregel" keine Sorgfaltspflichtsverletzung zu sein braucht. Es wurde schon oben

---

[1]) BGHZ 8, 138

[2]) a.a.O., S. 92 (Anm. 6)

festgestellt[1]), daß Kurierfreiheit besteht, die allgemein anerkannten Regeln der ärztlichen Wissenschaft - soweit es sie überhaupt gibt - also nicht absolut verpflichtend sind. Ein sich gegen die "Schulmedizin" stellender Außenseiter wird also die "allgemein anerkannten" Regeln durchbrechen, ohne sorgfaltswidrig zu handeln, sofern er sich an die auch für neue Methoden geltenden Grundsätze der lex artis hält.

b) Während hier also keine eigentliche Durchbrechung der Gleichung sorgfaltsgemäß-sachgemäß vorliegt, weil auch Aussenseitermethoden sachgemäß sein können, gilt die Gleichung in einem anderen Sinne nicht. Wie zuvor dargestellt, ist die Anforderung der generellen Sorgfaltspflicht situationsbezogen; sie verlangt vom Täter nur das, was ein gewissenhafter Arzt in der Lage des Handelnden auch hätte tun können, nicht mehr. Der Maßstab der lex artis dagegen ist ein absoluter. Er läßt es allerdings ebenfalls zu, örtliche Gegebenheiten zu berücksichtigen, sofern in bestimmten Gebieten der Stand der Wissenschaft insgesamt geringer ist als anderswo. Die lex artis kann aber nicht Notlagen berücksichtigen, in denen sich der einzelne Arzt befindet. Deshalb wird die schon einmal erwähnte Blinddarmoperation in der eingeschneiten Skihütte, weil mit einem nicht sterilen Küchenmesser vorgenommen, der lex artis widersprechen, aber dennoch dem gerecht werden, was das Recht generell von einem geschickten Arzt in solcher Lage erwarten kann.

3.) Zusammenfassend kann festgestellt werden - und das war der Zweck dieser kurzen Gegenüberstellung - daß ein ärztlich einwandfrei vorgehender Arzt immer zugleich die objektiv gebotene Sorgfalt einhält. Die Beurteilung der Frage, inwiefern ihn seine Beachtung der lex artis strafrechtlich entlasten kann, hängt demnach davon ab, welche Bedeutung der objektiven Sorgfalt innerhalb der Fahrlässigkeitsdelikte zukommt.

---

1) § 1 1. Kap. § 2 II

2. Unterabschnitt: Der Standort der objektiven Sorgfaltsverletzung

A. Die Einhaltung der objektiven Sorgfalt als Schuldausschließungsgrund

I. Die Begründung in der Theorie

Es ist heute überwiegend[1]) anerkannt, daß sich das Urteil der Sorgfaltswidrigkeit aus zwei Komponenten zusammensetzt, nämlich aus der Verletzung der generellen, allgemein zu verlangenden Sorgfaltspflicht und aus der Vernachlässigung der dem konkreten Täter möglichen, individuellen Sorgfalt. Während dieser individuelle Sorgfaltsverstoß von jeher innerhalb der Schuld geprüft wurde, ist der Standort der generellen Pflichtverletzung keineswegs mehr klar. Die noch vor 20 Jahren durchaus herrschende Auffassung behandelte auch sie innerhalb der Schuld, die damit die Verletzung sowohl der generell gebotenen als auch der dem Täter individuell möglichen Sorgfalt beinhaltete[2]). Heute wird eine derartige doppelte Schuldprüfung überwiegend abgelehnt, ihre Befürworter finden sich meist in der älteren Literatur.

---

[1]) vgl. zur gegenteiligen Auffassung Schönke-Schröder, der das Maß der Sorgfalt ausschließlich nach subjektiven Gesichtspunkten bestimmen will (§ 59, 175), dafür aber eine generelle Wertung über den Begriff des "erlaubten Risikos" im Unrechtsbereich vornimmt (§ 59, 165). Über das Verhältnis des "erlaubten Risikos" zur generellen Sorgfaltspflicht s.u. im 3. Abschnitt

[2]) vgl. dazu Maurach, Schuld S. 75

1.) Ein charakteristischer Vertreter dieser Auffassung ist Hippel. Er sieht den Unterschied zwischen dem strafrechtlich unerheblichen Zufall und der Schuldform der Fahrlässigkeit im Vorwurf pflichtwidrigen Handelns, der dem Täter zu machen ist. Dieser Vorwurf ist nach Hippel nur dann begründet, wenn die verursachten Folgen überhaupt vermieden werden sollten, d.h. ein allgemein bestehendes Vorsichtsgebot besteht. Erst wenn dies zu bejahen ist, kann in einem zweiten Schritt innerhalb der Schuldprüfung das "Vermeidenkönnen" der verursachten Folge beurteilt werden[1]). Das "Vermeidensollen" kann auch bei Voraussehbarkeit des schädlichen Erfolgs fehlen, wie das bei riskanten, aber sozial nützlichen Handlungen regelmäßig der Fall ist: "es gibt zahlreiche Betriebe und Tätigkeiten, die auch bei vorsichtiger Ausübung eine gewisse, oft erhebliche Gefahr bedeuten. Solche verkehrsmäßige Gefahr begründet niemals Fahrlässigkeit. Denn sie ließe sich nur durch das gerade im öffentlichen Interesse unmögliche Verbot der betreffenden Tätigkeit ausschalten"[2]).

2.) Eine ähnliche "einheitlich stufenweise Beurteilung von verschiedenen Gesichtswinkeln aus"[3]) befürworten auch Frank und Mezger. Frank erkennt das Wesen der Fahrlässigkeitsschuld in der Vernachlässigung derjenigen Sorgfalt, die durch Rechtssätze oder die Verkehrssitte geboten ist[4]). Während die Verletzung der durch diese Normen gebotenen Sorgfalt zur subjektiven Prüfung der Schuld führt, lassen sich nach Frank gewisse riskante Verhaltensweisen schon durch einen

---

[1]) vgl. v. Hippel, VDA III S. 567 ff
[2]) v. Hippel, Deutsches Strafrecht II S. 361 f
[3]) Mezger, LB S. 359
[4]) vgl. Frank S. 194 (§ 59 VIII)

generellen Maßstab innerhalb der Schuldprüfung ausscheiden. Denn die Rechtsordnung gestattet zahlreiche riskante Handlungen (Eisenbahnverkehr, Sprengarbeiten) mit Rücksicht auf ihren sozialen Nutzen; solange die bei ihrer Vornahme gebotene Sorgfalt eingehalten wird, erwächst dem Täter generell kein Schuldvorwurf [1]). Mezger stellt besonders die Individualprüfung in den Vordergrund, wenn er die Mißachtung der dem Täter "persönlich obliegenden Sorgfaltspflicht" als Inhalt des Fahrlässigkeitsvorwurfs betont[2]). Aber auch er erkennt an, daß vom Gesichtspunkt der Schuld aus zunächst objektiv das Bestehen der Sorgfaltspflicht und ihr Umfang, und dann subjektiv die Möglichkeit ihrer Befolgung aufgrund der persönlichen Fähigkeiten und Einsichten des Täters zu prüfen ist[3]). Das Bestehen der Pflicht ist zwar immer individuell festzustellen, die "Verkehrssitte" ist aber insoweit zu berücksichtigen, als sie "z.B. in gefährlichen Betrieben einer Eisenbahn, eines Bergwerks, einer Fabrik, eines Baues, einer Sprengung, der Fahrt in belebten Straßen, der Ausübung der Jagd usw. ein gewisses Risiko gestatten muß und gestattet. Ein Verschulden (Fahrlässigkeit) liegt dann nur insoweit vor, als bei der konkreten Ausführung die gebotene Aufmerksamkeit außer acht gelassen wird"[4]). Erwartet wird dabei grundsätzlich die im Verkehr erforderliche Sorgfalt, die demnach eine Schuldfrage ist, auch wenn Mezger immer wieder den persönlich-

---

[1]) ebenso Liszt-Schmidt, S. 275
[2]) LK S. 526
[3]) LB S. 349 ff
[4]) LK S. 527 unter Berufung auf RG 57, 174; LB S. 358

individuellen Charakter der Fahrlässigkeitsschuld betont[1])[2]). Damit sind für schadensgeneigte Verhaltensweisen die markantesten Befürworter einer "doppelten Schuldprüfung" dargestellt[3]). Speziell für den ärztlichen Heileingriff hat sich Kohlhaas dieser Verfahrensweise angeschlossen. Er bejaht die Tatbestandsmäßigkeit und Rechtswidrigkeit des erfolglos gebliebenen Eingriffs, um dann die Schuld des Arztes zu verneinen: "Die Bestrafung oder Nichtbestrafung hängt nur von der Frage nach dem Verschulden (Fahrlässigkeit) ab, das beim Eingriff lege artis nicht vorliegt"[4]).

3.) Auch die Rspr. hat sich mit dem objektiven Sorgfaltsmaßstab bei schadensgeneigten Handlungen befaßt und ihn innerhalb der Fahrlässigkeitsschuld abgehandelt. Schon in RGSt 30, 25 ff, dem bekannten "Leinenfängerfall", wird ausgeführt, daß strafrechtliche Verantwortlichkeit wegen Fahrlässigkeit nicht wegen jeder Handlung begründet werde, bezüglich derer die Möglichkeit gegeben und voraussehbar sei, daß sie für einen rechtswidrigen Erfolg kausal

---

[1]) LK S. 526

[2]) Im übrigen sind die Ausführungen Mezgers mißverständlich. Einerseits sieht er in den zitierten gefährlichen Betriebshandlungen ein Problem der Fahrlässigkeitsschuld, andererseits behandelt er dieselben riskanten Handlungen unter dem Gesichtspunkt der sozialen Adäquanz bzw. des erlaubten Risikos als Rechtfertigungsgründe, freilich kritisch. - LK S. 343

[3]) Weitere Nachweise bei Baumann StrR S. 441

[4]) Kohlhaas, in R. Kuhns, Heilberufe, S. 563

werden könne[1]). In der Entscheidung heißt es weiter, daß häufig Handlungen vorgenommen werden, ohne daß die mit ihnen verbundenen Gefahren auch bei größter Sorgfalt ausgeschlossen werden können. Das RG hält es daher für die Fahrlässigkeitsschuld als wesentlich, daß dasjenige Maß von Aufmerksamkeit und Rücksicht auf das Allgemeinwohl vernachlässigt wird, dessen Einhaltung billigerweise gefordert werden kann. Deutlich wird die objektive Komponente der Pflichtwidrigkeit in RGSt 57, 172 ff herausgearbeitet. Auch hier wird auf sog. riskante Verhaltensweisen und ihre soziale Notwendigkeit hingewiesen. Das RG folgert daraus, daß zur Bejahung des Fahrlässigkeitsvorwurfs neben der Voraussehbarkeit auch das Moment der Pflichtverletzung treten muß. "Nicht jede Vornahme einer gefährlichen Handlung enthält aber schon als solche, nur um dieser ihr innewohnenden Gefährlichkeit willen eine Pflichtwidrigkeit; sie kann vielmehr je nach den Umständen pflichtgemäß oder, obschon durch keine Pflicht geboten, so doch auch keiner Pflicht widersprechend sein. So sind zahlreiche Operationen, die der Arzt zur Behebung einer Krankheit pflichtgemäß ausführen muß, mit Lebensgefahr für den Kranken verbunden"[2]).

Die Einhaltung des allgemeinen Rücksichtsgebots wird also vom RG, trotz starker Anklänge an Unrechtsausschliessungstheorien, innerhalb der Schuld berücksichtigt. Dagegen hatte der BGH die Frage unter Hinweis auf die in der Doktrin entwickelte Lehre vom erlaubten Risiko offengelassen[3]). Der große Zivilsenat des BGH hat nunmehr das

---

[1]) RGSt 30, 35
[2]) RG 57, 173
[3]) BGH 7, 114 f

Problem auf Vorgänge des Straßen- und Schienenverkehrs eingeengt und hierfür den Rechtfertigungsgrund des verkehrsrichtigen Verhaltens gewonnen[1]). Es wurde aber ausdrücklich offengelassen, ob das Ergebnis (der Straffreiheit) auch d durch zu gewinnen ist, "daß auf die neuere Auffassung der strafrechtlichen Dogmatik zurückgegriffen wird, die den Fahrlässigkeitsbegriff aufspaltet, indem sie die Prüfung der Einhaltung der objektiv erforderlichen Sorgfalt zur Rechtswidrigkeit rechnet ..."[2]).

---

[1]) Speziell dazu unten, 3. Abschnitt d.A.

[2]) BGH Z 24, 27

II. Stellungnahme

Die Behandlung des objektiven Sorgfaltsmaßstabes innerhalb der Schuld hat vielfach Widerspruch hervorgerufen. Es wird heute allgemein als unbefriedigend empfunden, generelle Wertungen in die Frage der Schuld hineinzutragen, wo es um "Letztes und Individuellstes (geht), nämlich, ob der Täter hinter den Erwartungen zurückgeblieben ist, die man gerade an ihn stellen konnte"[1]). Das "Rechtsgefühl sträubt sich", in die Schuldprüfung einzutreten, wenn sich der Handelnde gerade normgemäß verhalten hat[2]). Dieses richtige Empfinden hat wohl mit dazu geführt, daß zum Teil eine objektive Komponente der vom Täter zu verlangenden Sorgfalt überhaupt geleugnet wird[3]).

1.) Die Notwendigkeit eines generellen Sorgfaltsmaßstabes

In Wahrheit läßt sich eine generelle Sorgfaltsprüfung aber nicht entbehren. Auch wenn man zu Recht angesichts der höchstpersönlichen Natur der Schuld die Notwendigkeit eines individuellen Maßstabs betont, läßt sich dieses vom Täter persönlich geschuldete Maß an Vorsicht bei einer bestimmten Handlung schlechthin nicht ermitteln, ohne zunächst zu fragen, welche Sorgfalt diese Tätigkeit als solche verlangt. So ist es z.B. nicht denkbar, einen ärztlichen Eingriff griff auf seine sorgfältige Durchführung hin zu untersuchen, ohne ihn an der lex artis, also an generellen Kriterien

---

[1]) Maurach, Schuld, S. 77

[2]) Baumann, MDR 57, 647

[3]) vgl. die schon unten angeführte Meinung von Schönke-Schröder § 59, 175; weiter Oehler, Zweckmoment S. 74 f

zu messen. Wird die Sorgfaltspflicht a priori nach der Individualität des Täters bemessen, so birgt dies zudem die Gefahr des deterministischen Schlusses in sich, daß der Täter nicht anders zu handeln vermochte, als er gehandelt hat[1]).

Auf die Notwendigkeit der generellen Sorgfaltsprüfung unter dem Aspekt vorbeugender Maßregeln hat Rehberg[2]) hingewiesen.So verlangen die Maßregeln nach §§ 41, 42 b und 42 m ebenso wie die des Jugendstrafrechts kein volldeliktisches Verhalten des Täters, sondern können auch dann eingreifen, wenn der Täter mangels Schuld nicht bestraft werden kann[3]). Es wäre aber nach dem "Grundsatz der Legalität offensichtlich unzulässig, derartige strafrechtliche Reaktionen ohne Berücksichtigung der Pflichtwidrigkeit an die bloße Verursachung der Rechtsgüterverletzung zu knüpfen"[2]). Erkennt man andererseits mit der überwiegenden Meinung in der Literatur an, daß auch unvorsätzliche Taten Schuldunfähiger strafrechtlichen Einwirkungen unterliegen können, bleibt lediglich die Möglichkeit die Mißachtung der objektiven, jedermann zumutbaren Sorgfaltsanforderungen als Voraussetzungen für die Verhängung der in Frage stehenden Maßregeln aufzufassen.

Im übrigen sind auch die Befürworter eines rein subjektiven Sorgfaltsmaßstabes einer generalisierenden Vorwegbetrachtung gar nicht so abgeneigt, wie es den Anschein hat - jedenfalls nicht in bezug auf die hier zu behandelnden

---

[1]) Rehberg, a.a.O., S. 118 unter Berufung auf Dubs, Probleme der Fahrlässigkeit, Basel 1959, S. 6

[2]) Rehberg, a.a.O., S. 119

[3]) zur grundsätzlichen Möglichkeit fahrlässiger Handlungen Schuldunfähiger: Maurach AT § 44 III A

Fälle schadensgeneigter Handlungen. Denn wenn z.B. Schönke-Schröder[1]), Dreher[2]) und Mezger[3]) auf solche sorgfaltsgerechten Verhaltensweisen den Rechtfertigungsgrund des erlaubten Risikos anwenden, so nehmen sie auch eine generelle Vorfilterung vor, die zwar nicht dem Begriff aber doch der Sache nach als Teil der generellen Sorgfaltsprüfung zu qualifizieren ist[4]).

2.) Die Einordnung des generellen Maßstabes nach den wesentlichsten Schuldtheorien

Hat sich somit die Notwendigkeit einer doppelten Prüfung der Sorgfaltswidrigkeit nach einem generellen und individuellen Maßstab herausgestellt, so ist den eben genannten Auffassungen zuzugeben, daß sich eine Konstruktion des generellen Sorgfaltsmaßstabes als Schuldausschließungsgrund eben wegen dieses generellen Maßstabes verbietet. Dies gilt, wie die folgende Darstellung in der hier gebotenen Kürze zeigen wird, unabhängig davon, von welcher Schuldtheorie man ausgeht.

a) Eine Behandlung der generellen Sorgfaltsanforderungen in der Ebene der Schuld ist jedenfalls vom Standpunkt der - freilich überwundenen - psychologischen Schuldtheorie unangebracht. Diese Auffassung verstand die Schuld als eine bestimmte Beziehung des Täters zum eingetretenen tatbestandsmäßigen Erfolg; sie konnte daher die unbewußte Fahrlässigkeit nicht erklären, für die gerade das Fehlen eines

---

[1]) Vor § 51, 49
[2]) Vor § 51, 3 F c
[3]) LK vor § 51, 10
[4]) zum "erlaubten Risiko" s.u. 3. Abschnitt d.A.

jeglichen psychologischen Nexus zum Erfolg charakteristisch ist[1]). Gar nicht in die so verstandene Schuld einordnen läßt sich die Qualität der Handlung, also die Einhaltung oder Nichteinhalt der generell gebotenen Sorgfalt. "Der äussere Handlungsvollzug, seine Erlaubtheit oder Unerlaubtheit, hängt in keiner Weise mit dieser psychischen Erfolgsbeziehung zusammen und vermag an ihr nichts zu ändern"[2]).

b) Die Einbeziehung eines Handlungswerts oder -unwerts in die Schuld ist nach dem normativen Schuldbegriff[3]) grundsätzlich denkbar. Diese in den Grundlagen heute wohl allgemein anerkannte Lehre faßt Schuld als Vorwerfbarkeit des tatbestandsmäßigen Unrechts auf und kann damit auch fahrlässiges Unrecht erfassen. Vorgeworfen kann dem Täter aber auch die Nichtbeachtung genereller Sorgfaltsgebote werden. Umgekehrt ist es denkbar, die Beachtung eben dieser Sorgfalt erst im Schuldbereich entlastend zu berücksichtigen.

aa) Von dieser Möglichkeit macht die Richtung innerhalb der normativen Schuldauffassung Gebrauch, die - wie oben dargestellt - etwa von Mezger, Hippel und Frank vertreten wird. Sie begreift Schuld als den Inbegriff der Voraussetzungen, die aus der Straftat einen persönlichen Vorwurf gegen den "Täter begründen. Diese lassen die Tat als rechtlich mißbilligten Ausdruck der Persönlichkeit des Täters erscheinen"[4]). Charakteristisch für diese Auffassung ist die Unterscheidung nach den Voraussetzungen, die in der

---

[1]) vgl. zum psychologischen Schuldbegriff Maurach AT § 30 II A

[2]) Rehberg a.a.O., S. 167 f

[3]) vgl. dazu Maurach AT § 30 II A und Welzel 11. A., S. 139 ff mit weiteren Nachweisen

[4]) Mezger StuB I S. 132; LB 247 ff; Mezger-Blei StuB I S. 156

Person des Täters als bestimmter "Schuldsachverhalt" liegen und auf die sich das Schuldurteil stützt und nach dem Werturteil über diesen Sachverhalt (Schuldwerturteil)[1]). Diese Wertung wird als rein persönlicher Vorwurf verstanden, was bei der Fahrlässigkeitsschuld bedeutet, daß sich ihr Vorwurf immer gegen den einzelnen Willensakt in seiner konkreten Gestalt richtet, also stets ein persönlich-individueller Vorwurf ist[2]).

bb) Die Kennzeichnung der Schuld als persönlichen Vorwurf ist auch Anliegen der von den Vertretern der finalen Handlungslehre ausgeprägten Richtung innerhalb der "normativen" Grundauffassung. Diese Lehre, die mit Herausnahme des Vorsatzes aus der Schuld alle psychologischen Merkmale ausscheidet, kann sich ausschließlich der Beurteilung des Motivationsprozesses widmen, ihre Komponenten sind reine Wertungsvorgänge[3]). Noch mehr als die herkömmliche Lehre kann dieser "rein" normativ gefaßte Schuldbegriff das Merkmal des persönlichen Vorwurfs hervorheben: "Der Schuldvorwurf setzt also voraus, daß der Täter seinen rechtswidrigen Handlungsentschluß richtiger, normgemäßer hätte bilden können, und dies nicht in einem abstrakten Sinn, daß irgendein Mensch an Stelle des Täters, sondern ganz konkret, daß dieser Mensch in dieser Situation seinen Willensentschluß normgemäß hätte bilden können"[4]). Durch diese konsequente Individualisierung des Schuldvorwurfs kommt diese Lehre bei Fahrlässigkeitsdelikten durchweg zu einer Ausscheidung der generellen Sorgfaltskomponente aus der

---

[1]) Maurach bezeichnet diese Richtung daher als komplexen Schuldbegriff (AT § 30 II B)

[2]) Mezger LK S. 527

[3]) Maurach AT § 30 II C

[4]) Welzel, Das neue Bild (4. A 1961), S. 45

Schuldebene: "Während die generelle Voraussehbarkeit des Erfolgs durch einen einsichtigen Menschen ein Moment des Unrechtstatbestands als Bestandteil des objektiven Handlungsunwerts der unvorsichtigen Handlung ist, ist die individuelle Voraussehbarkeit ein konstitutives Merkmal für die Vorwerfbarkeit jener objektiven Sorgfaltsverletzung. Das Recht verlangt generell die Innehaltung der objektiven Sorgfalt und erklärt die Verletzung für rechtswidrig. Aber zur Schuld kann es diese objektive Sorgfaltsverletzung nur dann vorwerfen, wenn der individuelle Täter nach Maßgabe seiner Einsichtsfähigkeit den Erfolg voraussehen konnte"[1]).

3.) Ergebnis

Ohne damit etwas über die Berechtigung der einen oder anderen Schuldtheorie zu sagen - was nicht Aufgabe der einem Spezialthema gewidmeten Arbeit sein kann - muß dieser letzteren Ausprägung der normativen Schuldtheorie zugegeben werden, daß sie dem höchstpersönlichen Charakter der Schuld am ehesten gerecht wird. Eine Einordnung der nach generellen Maßstäben ermittelten Sorgfaltspflicht wiederspräche diesem Charakter.

a) Zu diesem Schluß müßten aber auch die Befürworter der traditionellen normativen Schuldauffassung kommen. Wie eben dargestellt wurde, sehen nämlich auch sie das Wesen der Schuld in dem Vorwurf, der dem Täter wegen seiner pflichtwidrigen Motivation gemacht wird. Auch sie anerkennen die

---

[1]) Welzel, Das neue Bild (1951), S. 44; sowie alle Befürworter einer Einordnung der generellen Sorgfalt im Unrechtsbereich

Feststellung des BGH: "Schuld ist Vorwerfbarkeit. Mit dem Unwerturteil der Schuld wird dem Täter vorgeworfen, daß er sich nicht rechtmäßig verhalten, daß er sich für das Unrecht entschieden hat, obwohl er sich rechtmäßig verhalten, sich für das Recht hätte entscheiden können"[1]). Nach der übereinstimmenden Auffassung aller Vertreter eines normativen Schuldbegriffs stellt Schuld also ein höchstpersönliches, streng individualisierendes Urteil über den Täter dar[2]).

Wenn es aber auf die individuell persönliche Vorwerfbarkeit ankommt. so darf die erforderliche Sorgfalt jedenfalls nicht in die Schuld eingeordnet werden[3]). Denn dieser Maßstab beruht nicht auf einer Bewertung des Täters, sondern orientiert sich primär an der Tat, das heißt, am Wert und an der Erlaubtheit der zur Schädigung führenden Risikohandlung. Ist aber das Wesen der Schuld persönliche Vorwerfbarkeit, so müssen auch ihre Voraussetzungen individualisierbar sein[4]). Dies ist beim generellen Sorgfaltsmaßstab aber nicht der Fall, weil er sich gerade an Durchschnittsanforderungen orientiert. Bleibt der Täter hinter diesen Anforderungen zurück, so ist damit nur festgestellt, daß sein Verhalten nicht den standardisierten Ansprüchen entsprach[4]); über die Schuld ist damit aber noch nichts gesagt, denn einmal kann sich der Täter durch überragende Fähigkeiten so über den Durchschnitt erheben, daß er diesen Standard übertreffen könnte[5]); dann kann man dem Täter nicht seine (individuelle) Schuldlosigkeit bescheinigen,

---

[1]) BGH 2, 200

[2]) vgl zB. Liszt-Schmidt S. 228; Baumann S. 346 f

[3]) Wiethölter, a.a.O. S. 33; ähnlich Engisch, Unrechtstatbestand, S. 429

[4]) Maurach AT § 43 II A; Schuld S. 77/79

[5]) Zur Bemessung der Sorgfaltsanforderungen vgl. oben (1. Unterabschnitt)

sondern ihn nur - so unbefriedigend das auch sein mag - mangels genereller Haftung freisprechen[1]). Zum anderen kann der Täter die objektiv erforderliche Sorgfalt verletzen, aber schuldlos sein, weil er persönlich in der konkreten Situation die Durchschnittsleistung nicht erbringen kann, etwa weil er bei der Vornahme einer Operation einen Schwächeanfall erleidet. Daraus zeigt sich, daß die gemeinsame Einordnung der beiden Fahrlässigkeitsmaßstäbe auch vom Schuldverständnis der klassischen normativen Lehre her systematisch verfehlt ist. Sie ist "genötigt, damit Elemente als Merkmale des Fahrlässigkeitsvorwurfs zusammenzufassen, die ganz verschiedenen Dimensionen angehören"[2]).

b) Die dogmatische Fehlerhaftigkeit der hier kritisierten Auffassung ergibt sich auch aus dem schon einmal herangezogenen Recht der strafrechtlichen Maßregeln, die auch gegenüber dem Fahrlässigkeitstäter ohne Rücksicht auf das individuelle Verschulden angeordnet werden können[3]). Betrachtet man nun die Verletzung der generellen Sorgfaltspflicht nur als Voraussetzung der Schuld, so könnten Maßregeln aufgrund der bloßen rechtswidrigen Verursachung der Rechtsgüterverletzung angeordnet werden. Damit wären aber Unzurechnungsfähige hinsichtlich der strafrechtlichen Haftungsvoraussetzungen schlechter gestellt als die übrigen Täterkategorien, was nicht dem Willen des Gesetzgebers entsprechen kann. Die Verletzung der generellen Sorgfaltspflicht muß deshalb gemeinsame Voraussetzung aller strafrechtlichen Sanktionen

---

[1]) Das tun im Ergebnis auch die Vertreter eines rein individuellen Sorgfaltsbegriffes, soweit sie den Rechtfertigungsgrund des erlaubten Risikos anerkennen. Vgl. oben

[2]) Maihofer, ZStW 70, S. 165

[3]) vgl. oben

gegenüber dem Fahrlässigkeitstäter sein. Ihre Einhaltung kann damit nicht erst entschuldigend wirken, sondern hat die Haftbarkeit des Täters bereitsauf einer vorgelagerten Stufe des Verbrechensaufbaus auszuschließen[1]).

Zusammenfassung

Es hat sich gezeigt, daß der sachgerecht handelnde Arzt im Falle eines Fehlschlags seines Eingriffs nicht erst mangels Schuld, sondern schon auf einer früheren Ebene des Verbrechensaufbaus freizusprechen ist. Dies gründet sich zunächst auf das richtige Empfinden, daß sich derjenige, der das getan hat, was billigerweise von einem Arzt verlangt werden kann, nicht auf einen Freispruch mangels individueller Schuld einzulassen braucht, der immerhin "schon den Charakter einer deutlichen Warnung" trägt[2]). Dieses Empfinden konnte aus dem von allen Theorien gleich verstandenen Wesen der strafrechtlichen Fahrlässigkeitsschuld bestätigt werden, mit dessen individuellem Charakter eine generelle Beurteilung des Täters unverträglich ist.

---

[1]) Maurach, Schuld, S. 79

[2]) Maurach, Zum heutigen Stand der Meinungen über die Beurteilung ärztlicher Heileingriffe, a.a.O., S. 136

B. Die Einhaltung der erforderlichen Sorgfalt als Unrechtsausschließungsgrund

1. Teil: Die objektive Sorgfaltspflicht als Bestandteil des Tatbestands im engeren Sinn

I. Die Begründung in der Theorie

Die Auffassung, daß der generelle Sorgfaltsmaßstab in Wahrheit nicht in die Frage der Schuld hineingehört, hat sich in letzter Zeit immer mehr durchgesetzt. Auf der Suche nach einem passenden Standort im "Zwangssystem" des herkömmlichen Verbrechenssystems hat sich nun die neueste Unrechtslehre - sozusagen als Gegenreaktion - für die Stufe des Unrechts-Tatbestands entschieden. Die bloße Verursachung des tatbestandsmäßigen Erfolgs wird nicht mehr als ausreichend angesehen, um eine Unrechtshandlung als gegeben hinzunehmen. Im Gegensatz zum Erfolgsunwert wird unter dem Einfluß der finalen Handlungslehre nunmehr auch bei Fahrlässigkeitsdelikten der Handlungsunwert betont. Von einem unvorsätzlichen Unrecht kann nach dieser Lehre nicht die Rede sein, wenn der an sich tatbestandsmäßige Erfolg trotz Beobachtung der im Verkehr erforderlichen generellen Sorgfalt eingetreten ist. Deshalb verneint die eine Richtung innerhalb dieser Grundauffassung die Rechtswidrigkeit der fahrlässigen Tat, wobei wiederum ein Teil der Lehre Tatbestand und Rechtswidrigkeit im engeren Sinn zum sog. "Gesamttatbestand" bzw. "Unrechtstatbestand" zusammenfaßt. Die andere Richtung geht so weit, in der Einhaltung der erforderlichen Sorgfalt einen Grund für den Tatbestandsausschluß im engeren Sinn zu sehen. Maßgeblicher Vertreter

dieser letztgenannten Auffassung ist Welzel, dessen Standpunkt allerdings einer mehrfachen Änderung und Modifikation unterworfen war[1]).

1.) Die Lehre Welzels

a) Die Entwicklung der Lehre:

Welzel behandelt die Frage ärztlicher Eingriffe ursprünglich im Rahmen seiner damaligen Lehre von der sozialen Adäquanz, für die ausschlaggebend die Kritik am Rechtsgutdogma der älteren Lehre war. Er wendet sich gegen die Auffassung, daß Verbrechen Rechtsgutsverletzung sei, mit dem Hinweis auf die soziale Wirklichkeit des Rechts, nach der es Rechtsgüter nur gibt, "wenn und soweit sie im sozialen Leben wirkend und Wirkungen empfangend darin stehen"[2]). Diese Wirkungen sind insofern auch negativer Art, als soziales Leben nur unter Einsatz und Verbrauch von Rechtsgütern denkbar ist. Daher vergißt - immer nach Welzel - die "Definition des Verbrechens als Rechtsgutsverletzung das Entscheidende", weil beim Verbot jeder Rechtsgutsverletzung das soziale Leben stillstehen müßte. Der Sinn des Rechts besteht vielmehr darin, daß es "von den unzähligen Funktionen, in denen das Rechtsgut wirkend und leitend darinsteht, die für ein sittlich geordnetes Gemeinschaftsleben Unverträglichen auswählt und verbietet"[3]). Es gewährt zum Schutz gegen bestimmt geartete Einwirkungen, die

---

[1]) Eine Darstellung soll hier nur soweit erfolgen, als es für die Lehre vom ärztlichen Heileingriff bedeutsam ist. Vgl. im übrigen Schaffstein, ZStW 72, 369 ff und Roxin, Offene Tatbestände, S. 1-11 und S. 44 ff.

[2]) ZStW 58, 515 ff

[3]) LB 1.A., S. 35 ff

das Maß der notwendig vorauszusetzenden Beeinträchtigungen übersteigen, in welchen sich das geordnete Gemeinschaftsleben in lebendig tätigen Funktionen vollzieht . "Dann scheiden aber alle Handlungen für den Unrechtsbegriff aus, die sich funktionell innerhalb der geschichtlich gewordenen Ordnung des Gemeinschaftslebens eines Volkes bewegen. Solche Handlungen seien schlagwortartig 'sozialadäquat' genannt".[1]) Dazu rechnet Welzel neben allen ordnungsgemäß betriebenen riskanten Unternehmungen auch die ärztlichen Eingriffe. Da die soziale Adäquanz derartige Tätigkeiten gestattet, sind auch die damit verbundenen Gefährdungen - selbst wenn sie Schädigungen verursachen - rechtmäßig. Die soziale Adäquanz schränkt also nicht nur die Tatbestände vorsätzlicher Delikte ein, sondern schließt auch den Tatbestand einer Fahrlässigkeitstat aus.

Später bringt Welzel den Gedanken der sozialen Adäquanz mit der objektiven Sorgfalt in Zusammenhang. Die ärztliche Heiltätigkeit wird nunmehr als Frage des "erlaubten Risikos" behandelt, das Welzel als Musterfall der sozialadäquaten Gefährdung sieht[2]). Einhaltung des sozial-adäquaten Maßes der Rechtsgütergefährdung bedeutet nach Welzel aber nichts anderes als Beachtung der objektiven Sorgfalt, die als Innehaltung des im Sozialleben gebotenen Maßes an finaler Steuerung zur Vermeidung von Rechtsgüterverletzungen verstanden wird[3]). "Nur Handlungen, die infolge der Nichtbeachtung der objektiven Sorgfaltspflicht zu Rechtsgüterverletzungen führen, sind tatbestandsmäßig rechtswidrig im Sinne der fahrlässigen Deliktstatbestände"[4]).

---

[1]) Welzel ZStW 58, 516
[2]) Neues Bild (1951), S. 25
[3]) a.a.O. S. 23
[4]) Neues Bild, a.a.O., S. 23

An anderer Stelle betont Welzel ebenfalls die Bedeutung der sozialen Adäquanz für die Fahrlässigkeitsdelikte, ordnet sie aber in die Rechtswidrigkeit ein[1]). Während er bei den vorsätzlichen Delikten mit einem "geschlossenen Tatbestand"[2]) die soziale Adäquanz nunmehr als den "in der sozialethischen Ordnung des Gemeinschaftslebens wurzelnden (gewohnheitsrechtlichen) Rechtfertigungsgrund tatbestandsmäßigen Verhaltens"[3]) begreift, zieht er sie bei den Fahrlässigkeitsdelikten zur Ermittlung der objektiven Sorgfalt heran. Hier soll nämlich die Rechtswidrigkeit allein mit der Verursachung der Rechtsgüterverletzung noch nicht indiziert sein, wie bei den geschlossenen Tatbeständen, sondern zusätzlich durch eine sachlich nicht umschriebene Rechtspflicht des Täters, nämlich die Verletzung seiner objektiven Sorgfaltspflicht, begründet werden: "Sozialadäquate Gefährdungen von Rechtsgütern kommen für die Rechtswidrigkeit der fahrlässigen Delikte nicht in Betracht, auch wenn sie im konkreten Fall eine Rechtsgüterverletzung zur Folge haben sollten"[3]), denn die objektive Sorgfaltspflicht verlangt lediglich die Innehaltung des sozialadäquaten Maßes an Gefährdung. Ist dies, etwa wie bei sachgerechten Heileingriffen geschehen, so entfällt die Rechtswidrigkeit, ohne daß ein besonderer Rechtfertigungsgrund herangezogen werden müßte.

b) Die heutige Auffassung Welzels:

Wenn Welzel an dieser Konstruktion festgehalten hätte, wäre er angesichts der offenen Tatbestände in die mißliche Lage gekommen, mit einem doppelten Tatbestandsbegriff arbeiten

---

[1]) LB 5 A. (1956) S. 105

[2]) dh., wo die "Verbotsmaterie allseitig und erschöpfend durch sachlich-gegenständliche Merkmale umschrieben ist" (vgl. LB 5. A., S. 67)

[3]) LB 5. A., S. 69

zu müssen. Der Tatbestand wäre im Falle der Geschlossenheit "Vertypung unrechten Handelns" (=Unrechtstatbestand)[1]) gewesen, hätte dagegen im Falle der "Offenheit" ein vollkommen wertfreies Gebilde dargestellt[2]). Wohl um diese Unstimmigkeit zu vermeiden, hat sich neuerdings ein weiterer Wandel in der Lehrmeinung Welzels vollzogen. Die Deutung der sozialen Adäquanz bei der Vorsatztat wird anfänglich noch unverändert beibehalten[3]), dann aber ihr Standort beim vorsätzlichen wie beim fahrlässigen Delikt wiederum in den Tatbestand verlagert[4]). Die Tatbestände dieser Delikte werden nun als "offen" in dem Sinne aufgefaßt, daß der Richter den (nach Welzel gesetzlich also nicht bestimmten) Tatbestand nach einem allgemeinen Leitbild zu ergänzen hat. Dieses wird als die in § 276 BGB umschriebene "im Verkehr erforderliche Sorgfalt" erkannt, die nur die Berücksichtigung aller objektiv voraussehbaren Auswirkungen einer Handlung verlangt. Sorgfaltswidrig ist demnach nur dasjenige Verhalten, das ein einsichtiger und besonnener Mensch in der Lage des Täters einhalten würde. Dazu gehört zunächst die Berücksichtigung aller Auswirkungen einer Handlung, die nach einsichtigem Urteil (objektiv) voraussehbar sind; sodann ist die objektive Sorgfalt nur mißachtet, wenn eine Gefährdung über das verkehrsnormale, sozialadäquate Maß hinausgeht[5]). Nur eine solche Handlung ist - wenn sie eine Rechtsgutsverletzung herbeiführt - tatbestandsmäßig, weil die Rechtsordnung mehr als die Einhaltung der erforderlichen Sorgfalt niemandem gebieten kann, ohne den Menschen zur absoluten Untätigkeit zu verdammen. "Mit der Einhaltung der objektiven Sorgfalt entfällt der Handlungsunwert. Wenn

---

[1]) Welzel, 1.A., S. 35

[2]) vgl. Roxin, offene Tatbestände, S. 46

[3]) 7. und 8. Auflage (§§ 14 I 3 und 18 I 1)

[4]) vgl. dazu und im folgenden Welzel, Fahrlässigkeit S. 7 ff; und 11. A. S. 131 ff

[5]) LB 11. A, S. 132

im Gefolge einer solchen Handlung eine Rechtsgutsverletzung eintritt, so bedeutet das ein Unglück, aber nicht Unrecht"[1]). Damit scheidet nach der jetzigen Auffassung Welzels auch die mißglückte kunstgerechte Heilbehandlung sowohl aus den Tatbeständen der fahrlässigen Körperverletzung wie der Tötung aus, da die lege artis vorgenommene Heilbehandlung nicht die im Verkehr erforderliche Sorgfalt verletzt[2]).

Diese Theorie Welzels basiert auf seinem Verständnis von Norm und Tatbestand. Er faßt die den Fahrlässigkeitsdelikten zugrundeliegenden Normen nicht als Verbote bestimmter Rechtsgutsverletzungen auf, sondern als Gebote zur Einhaltung der erforderlichen Sorgfalt. Dies folgt aus der "finalen Struktur menschlichen Handelns"[3]); da der Tatbestand das von der Norm verbotene Verhalten umschreibt, muß er deshalb nach Welzel auch den in der Verletzung der Sorgfaltspflicht liegenden Handlungsunwert umfassen[4]). Aus der Verknüpfung des Tatbestandsproblems der fahrlässigen Delikte mit dem Handlungsproblem[5]) ergibt sich weiter, daß dieser Handlungsunwert auch bei fahrlässigen Delikten entscheidend ist: "Mit dem Handlungswert bzw. -unwert rückt die Handlung in den Mittelpunkt (auch) der fahrlässigen Delikte, und zwar die Handlung in der besonderen Beschaffenheit ihres Vollzugs, nicht bloß wegen der Ursächlichkeit für einen Erfolg"[6]).

---

[1]) Welzel LB 11. A., S. 135
[2]) a.a.O., S. 289
[3]) 11. A., S. 37 f
[4]) LB 7. A., S. 113; 11. A., S. 129
[5]) Welzel, Fahrlässigkeit, S. 14
[6]) a.a.O., S. 11

2.) Die weitere Ausgestaltung der Lehre

a) Ganz ähnliche Gedankengänge finden sich bei Niese. Auch er sieht das Wesen der Fahrlässigkeitsdelikte in der rechtlich mißbilligten Erfolgsverursachung durch eine in ihrer Finalität nicht mißbilligte Handlung. Die Frage, ob das tatbestandsmäßige Unrecht der Fahrlässigkeitsdelikte allein vom Erfolg bestimmt sei, verneint er ebenso wie Welzel: "Auch fahrlässige Delikte sind tatbestandsmäßig-rechtswidrige Handlungen und nicht der Erfolg, d.h. der schließlich eingetretene Zustand, sondern das Verursachen durch finales Verhalten, das 'So-Handeln', ist Gegenstand der doppelten Bewertung unter Unrechts- und Schuldgesichtspunkten"[1]). Niese hält es für falsch, jede, auch die unvermeidbare Rechtsgutsverletzung als vom Recht mißbilligt anzusehen, weil sonst keine risikoreichen Handlungen mehr vorgenommen werden dürften. Da die Rechtsordnung das nicht verlangt, sind nach Niese mindestens die unvermeidbaren Erfolgsverursachungen weder tatbestandsmäßig noch rechtswidrig: "Man kann also sagen, daß die objektive, im Verkehr erforderliche Sorgfalt die Grenze zwischen sozialadäquatem und -inadäquatem Verhalten bildet: nur die bei Ausübung der Sorgfaltspflicht vermeidbaren Erfolgsverursachungen sind sozial inadäquat und damit auch tatbestandsmäßig-rechtswidrig im Sinne der Fahrlässigkeitsdelikte"[2]).

Für Fälle derartiger vermeidbarer Erfolgsverursachung zieht Niese die Parallele zu den unechten Unterlassungsdelikten und kommt so zum selben Ergebnis, das Welzel durch Verallgemeinerung des Sozialadäquanzgedankens auf die Formel des § 276 BGB gewinnt. Für Niese sind die Fahrlässigkeitsdelikte

---

[1]) Niese, Finalität, S. 60
[2]) Niese, Finalität, S. 61

im Grunde unechte Unterlassungsdelikte[1]), weil sie auf die Unterlassung der gebotenen Sorgfalt abstellen. Der Garantenpflicht entspricht nach seiner Auffassung genau die Sorgfaltspflicht bei den Fahrlässigkeitsdelikten: "Nur wer unter Verletzung der aus einem bestimmten Handeln erwachsenden Sorgfaltspflicht einen Erfolg herbeiführt, den er bei pflichtgemäßer Sorgfalt vermieden hätte, handelt tatbestandsmäßig-rechtswidrig im Sinne des Fahrlässigkeitstatbestands. Liegt aber der verursachte Erfolg jenseits dieser Sorgfaltspflicht, so erfüllt seine Verursachung den Tatbestand ebensowenig wie bei den unechten Unterlassungsdelikten; denn der Täter war nicht verpflichtet, ihn zu vermeiden"[1]). Der Handlungsunwert der unvorsätzlichen Tat liegt auch nach Auffassung Nieses nicht in der aktuellen Finalität, die ja nach wie vor nicht mißbilligt wird, sondern im pflichtwidrigen "Nichtbedenken" der unfinalen Folgen. Dieser unfinale Verstoß gegen ein rechtliches Sollen gelegentlich einer Handlung ist - immer nach Niese - nur durch eine objektive Wertung zu fassen, die aber nicht erst auf der Ebene des Schuldurteils stattfinden kann; vielmehr bestimmt die objektive Sorgfaltspflicht bereits das tatbestandsmäßige Unrecht des "So-Handelns".[2]) Zusammenfassend stellt Niese fest, daß der Handlungsunwert der unvorsätzlichen Handlung bei unvermeidbarer Erfolgsverursachung wegen sozialer Adäquanz fehlt, bei vermeidbarer wegen Einhaltung der Sorgfaltspflicht (unechtes Unterlassungsdelikt). Damit kann auch Niese bei allen sachgerechten Heileingriffen den Tatbestand eines Fahrlässigkeitsdelikts verneinen[3]).

b) Wie schon Welzel und Niese mißt auch Boldt dem Aktunwert der fahrlässigen Handlung entscheidendes Gewicht zu.

---

[1]) a.a.O., S. 62

[2]) Niese, Finalität, S. 63

[3]) vgl. Niese, Heileingriff, S. 368 f

Aus der Ausformung zweier verschiedener Tatbestände in den §§ 212, 222 StGB folgert Boldt, daß es nicht nur auf den (gemeinsamen) Erfolg, sondern hauptsächlich auf die Begehungsweise, also den Aktunwert ankommt, wenn der kriminelle Gehalt eines Delikts bestimmt wird. "Wird aber dieser letztere für die Vorsatztat eben durch die vorsätzliche Begehung bestimmt, so kann der Tatbestand der Fahrlässigkeitstat nicht bloß im 'Todverursachen' bestehen, sondern muß materiell angereichert werden"[1]). Den Stoff dafür bietet der "finale Kern des Handlungszusammenhangs", nämlich das für den Erfolg gefährliche, in bezug auf ihn zwar unvorsätzliche, aber zweckmäßig vermeidbare und unsorgfältige Verhalten. "Der materielle Tatbestand des § 222 versteht sich demnach als unvorsätzliches, aber voraussehbares Verursachen des Todes eines Menschen durch lebensgefährliches, die Sorgfalt außer acht lassendes Tun"[2]). Für die Zuordnung dieses Grundverhaltens zu diesem Erfolg haben sowohl die Adäquität des Verlaufs als auch die soziale Adäquanz der Handlung als Ganzes ihre Bedeutung. Wie beim unechten Unterlassungsdelikt, das auch Boldt als Parallele heranzieht, hat also der Richter auch nach dieser Meinung beim Fahrlässigkeitsdelikt durch konkrete Gestaltungsnormen eine Lücke im Tatbestand auszufüllen.

c) Unter den Befürwortern der eben skizzierten Grundauffassung nehmen diejenigen Autoren eine gewisse Sonderstellung ein, die Tatbestand und Rechtfertigungsgründe als gleichrangige Unrechtsmerkmale im sog. "Gesamttatbestand"

---

[1]) Boldt, ZStW 68, S. 345
[2]) a.a.O., S. 345

oder "Unrechtstatbestand" zusammenfassen (zweistufiger Deliktaufbau)[1]). Diese Lehre geht davon aus, daß im Tatbestand das gesetzgeberische Unwerturteil seinen Ausdruck findet und daher in ihn alle Merkmale eingehen, die für das Unrecht von Bedeutung sind. Dazu gehören neben den Merkmalen der Einzeltatbeschreibung auch sog. Rechtspflichtmerkmale und selbst Rechtfertigungsgründe[2]). Der Tatbestand wird also als "ratio essendi" der Rechtswidrigkeit begriffen. Ohne auf die Berechtigung dieser Konstruktion näher einzugehen[3]), was ein im Rahmen dieser Arbeit nicht mögliches Eindringen in den "Dschungel der Tatbestandslehre"[4]) erfordern würde, kann jedoch festgestellt werden, daß auch die Vertreter eines "Gesamttatbestands" jedenfalls formal zwischen dem unrechtsbegründenden Tatbestand (dem Tatbestand im "engeren Sinn") und den Rechtfertigungsmerkmalen unterscheiden. Es können daher hier auch die Autoren aufgeführt werden, die ein objektiv sorgfaltsgemäßes Handeln als nicht tatbestandsmäßig in diesem engeren Sinne ansehen.

Vertreter dieser Auffassung ist neuerdings auch Engisch. Er hält jetzt "nur ein solches den Erfolg bedingendes Verhalten (für) unrechtstatbestandsmäßig, das zugleich Außerachtlassung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt ist"[4]), während er diese Fälle früher als "Spezialfälle der Unrechtsausschließung" in den weiteren Unrechtstatbestand eingeordnet hatte[5]). Engisch begründet seine jetzige

---

[1]) Vgl. Schönke-Schröder, Vorb. 6 vor § 1; Maurach AT § 20 I 5

[2]) vgl. Roxin, Offene Tatbestände, S. 173 f; Schaffstein, ZStW 72, S. 393 f

[3]) Dazu Maurach, AT § 20 I 5 und eingehend Engisch, Unrechtstatbestand, S. 402 ff

[4]) Engisch, Unrechtstatbestand, S. 419

[5]) Engisch, Untersuchungen S. 285; 344 - was freilich nach dem zweigliedrigen Verbrechensaufbau ohne Bedeutung ist. Vgl. auch Schaffstein ZStW 72, 393

Meinung mit dem imperativen Charakter der strafrechtlichen Verhaltensnorm[1]). Sie kann seiner Ansicht sinnvollerweise nicht die Setzung irgendwelcher Bedingungen für die Rechtsgüterverletzung verbieten, sondern nur die Einhaltung der objektiv erforderlichen Sorgfalt verlangen; insbesondere ist auch sozial-adäquates Verhalten nicht von der Norm betroffen[2]). Da die Norm Richtschnur für Handlungen sein muß, kann sie sich nach Engisch nur am Zeitpunkt des Handlungsvollzugs ausrichten; daher gebietet die Norm nur ein Verhalten, das ex ante gesehen richtig ist - eine Auffassung, die bei der oben dargestellten Beurteilung ärztlicher Operationen durch Engisch eine große Rolle spielt[3]). Umgekehrt ist nur die Vornahme sorgfaltswidriger Handlungen verboten und damit tatbestandsmäßig, "gleichgültig, ob zufällig die Außerachtlassung der Sorgfalt die Folge nach sich zieht, zu deren Vermeidung sie geboten ist"[4]).

d) Für einen Tatbestandsausschluß im erwähnten engeren Sinn tritt auch Schaffstein unter Verteidigung der ursprünglichen Lehre Welzels (ZStW 58, 491 ff) ein, um das seiner Ansicht nach vorbelastende Urteil der Tatbestandsmäßigkeit zu vermeiden[5]). Sog. offene Tatbestände mit fehlender Unrechtsindizierung lehnt Schaffstein unter Hinweis auf schwierige Irrtumsprobleme ab. Wie jetzt auch wieder Welzel schließt Schaffstein daher schon den Unrechtstatbestand aus, wenn ein sozialadäquates Verhalten vorliegt[6]).

---

[1]) vgl. Engisch, Unrechtstatbestand, S. 414
[2]) a.a.O., S. 416 unter Berufung auf M.L. Müller, S. 22 ff
[3]) Engisch, Unrechtstatbestand, S. 419
[4]) Engisch, Untersuchungen, S. 314
[5]) Schaffstein, ZStW 72, 378
[6]) a.a.O., S. 393

e) A. Kaufmann[1]) kommt ebenfalls zu diesem Ergebnis. Er unterscheidet zwischen einem engeren Tatbestand (Deliktstypus) mit den für die jeweilige Deliktsart typischen Merkmalen[2]) und dem sog. Unrechtstatbestand im weiteren Sinne, der etwa bei der mißlungenen, aber kunstgerecht ausgeführten Operation ausgeschlossen sein soll. Kaufmann begründet das damit, "daß der Mißerfolg dann im Rahmen des - ex ante zu beurteilenden - erlaubten Risikos liegt oder, was dasselbe bedeutet, daß die Handlung des Arztes sozialadäquat ist"[3]). Unter Berufung auf Schaffstein stellt auch Kaufmann fest, daß die soziale Adäquanz "nicht für die Frage der Rechtswidrigkeit relevant wird, sondern den Unrechtstatbestand ausschließt"[3]).

f) Von den Befürwortern der durch die angeführten Autoren im wesentlichen gekennzeichneten Auffassung[4]) soll als zivilrechtlicher Vertreter noch Wiethölter genannt werden[5]).

---

[1]) A. Kaufmann, Schuld und Strafe, S. 224 f

[2]) die z.B. bei der geglückten Operation fehlen

[3]) a.a.O., S. 38

[4]) für die sich auch andere namhafte Vertreter anführen ließen und die immer mehr zur herrschenden Meinung wird. Vgl. z.B. Bockelmann (Niederschriften S. 191), der die Sorgfaltspflichtverletzung als "subjektiven Faktor" ansieht. Weitere Befürworter sind z.B. H. Mayer, StuB I, S. 129; Hirsch ZStW 74, 106 und LK 9. Aufl., vor § 223 Rdnr. 2; Petters-Preisendanz S. 36. Ferner Mezger-Blei StuB I S. 218 und Jeschek S. 384, die aber den Begriff der objektiven Sorgfalt enger fassen und in "Ausnahmesituationen" wie bei ärztlichen Hilfsmaßnahmen auf offener Straße den Rechtfertigungsgrund des erlaubten Risikos eingreifen lassen (dazu unten 3. Abschnitt d.A.); ähnlich auch Klug a.a.O., S. 262, für seinen Begriff der "Sozialkongruenz".

[5]) Wiethölter, Verkehrsrichtiges Verhalten, S. 16 ff

Auch er löst die "ungleiche Alternative" von Erfolgsunwert und Handlungsunwert zugunsten des letzteren: Unrecht ist stets menschliches Verhalten, es läßt sich nicht als isolierter Erfolg begreifen, weil sonst der Herztod nicht vom Totschlag unterschieden werden könnte; zwar gibt es auch ohne Erfolg kein Unrecht, weil es kein Gesinnungsrecht gibt; "aber der Erfolg ist nicht Unrechtskern, sondern nur seine Voraussetzung. Der Unrechtskern steckt im Tun"[1]). Auch Wiethölter versteht fahrlässiges Tun als einen Verstoß gegen die Gebotsnorm, die sich auf Einhaltung der erforderlichen Sorgfalt richtet: "Fahrlässigkeit ist deshalb per definitionem nicht Tun, sondern Unterlassung"[2]). So wie aber bei der Unterlassungstat der Tatbestand der Erfolgsabwendung erst zu schaffen ist, so ist nach Wiethölter auch jede Fahrlässigkeitstat erst durch den Sollensmaßstab der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt zu begründen. Erst sie macht seiner Ansicht als Tatbestandsmerkmal aus fahrlässigen Handlungen wirklich relevante, beschreibbare Unrechtshandlungen.

Zusammenfassung

Die dargelegten Argumentationen lassen sich im wesentlichen in drei Gruppen einteilen. Einmal wird der verursachte Erfolg nicht als Anknüpfungspunkt für fahrlässiges Unrecht anerkannt, weil die rechtmäßige Betriebshandlung betont wird. Zum anderen wird aus dem Wesen der Normen gefolgert, daß nicht die Erfolgsverursachung als solche verboten sei, sondern nur die Vernachlässigung gebotener Sorgfalt; diese wird durch einen Vergleich mit den unechten

---

[1]) Wiethölter, Verkehrsrichtiges Verhalten, S. 16 ff
[2]) a.a.O., S. 38

Unterlassungsdelikten als Tatbestandsmerkmal gekennzeichnet. Schließlich wird von den Vertretern einer finalen Handlungslehre das Wesen des fahrlässigen Delikts in einer fehlenden Finalsteuerung gesehen und daraus gefolgert, daß sie (ebenso wie bei den Vorsatztaten die mißbilligte Finalität) in den Tatbestand eingehen müsse.

II. Der eigene Standpunkt

1. Die Bedeutung des Handlungsunwerts nach der Struktur der Fahrlässigkeitsdelikte

a) Der Erfolg als Ansatz einer Bewertung

Die Argumentation, die auf den fehlenden Handlungsunwert der sorgfaltsgemäßen Verletzungshandlung abstellt, ist in ihrem Ansatzpunkt insoweit richtig, als jedes menschliche Verhalten einer Beurteilung von zwei Seiten zugänglich ist. Es kann einmal nach dem Erfolg bewertet werden, den es herbeiführt, zweitens aber auch unabhängig vom Erreichen des Erfolgs schon nach dem Sinn der Tätigkeit als solcher[1]), bzw. nach der Art der Durchführung und den eingesetzten Mitteln. Diese doppelte Bewertungsmöglichkeit sagt aber nichts darüber aus, wo die Bewertung überhaupt anzusetzen hat. Es ist klar und allgemein anerkannt, daß bei Verletzungsdelikten nur der verursachte Erfolg dieser Ansatzpunkt sein kann. Die Fassung der gesetzlichen Tatbestände ("Wer durch Fahrlässigkeit den Tod eines Menschen verursacht") läßt keinen Zweifel daran, daß das Tatbestands- und Rechtswidrigkeitsurteil bei fahrlässigen Verursachungsverbrechen ein Erfolgsurteil ist, zunächst in dem Sinne, daß die Aufrollung der Haftungsfrage vom Erfolg her einzusetzen hat. "Ausgangspunkt jeder Tatbeurteilung ist der mißbilligte und im Tatbestand umrissene Erfolg"[2]). Damit ist gesagt, daß die strafrechtliche Beurteilung nicht von vornherein dadurch verengt werden darf, daß nicht die

---

1) Welzel, 11. A., S. 1
2) Maurach, Zum heutigen Stand ..., S. 140

mißglückte Operation als solche betrachtet wird, sondern der sicherlich rechtmäßige "riskante Betrieb" einer Heilbehandlung im allgemeinen. Bedeutsam kann allenfalls die "transformatorische Wirkung" [1]) des Handelns lege artis sein, wenn die schädigende konkrete Betriebshandlung zur strafrechtlichen Beurteilung ansteht.

b) Die Sorgfaltspflichtverletzung als Handlungsunwert

Diese transformatorische Wirkung soll nun die Einhaltung der erforderlichen Sorgfalt oder die für die Frage der Handlungsqualität gleichbedeutenden Formeln der "sozialen Adäquanz", des "erlaubten Risikos" oder des "verkehrsrichtigen Verhaltens" ausüben. Dies ist insofern richtig, als die Einhaltung der gebotenen Sorgfalt den Handlungsunwert der Fahrlässigkeitstat ausschließen kann. Denn die Außerachtlassung der gebotenen Sorgfalt ist kein "einförmiges Unterlassungsvergehen, keine Unterlassung pflichtgemäßer Überlegung im Sinne der Herstellung eines psychologischen Zustands"[2]), sondern hat in jedem Fall immer sachliche Beziehung zu der besonderen Art dieses Erfolgs. Die Sorgfaltspflichten gebieten primär nicht die Betätigung des Vorstellungsvermögens und allgemeine psychische Aufmerksamkeit, sondern äußere Vorsicht beim Handeln. Kern der Sorgfaltsverletzung ist demnach ein Handlungsunwert[3]). Umgekehrt läßt die Einhaltung dieser Sorgfalt den Handlungsunwert entfallen. Ist somit festgestellt, daß auch beim fahrlässigen Verletzungsdelikt neben dem Erfolgsunwert auch die Handlungsqualität eine Rolle spielt, so ist damit

---

[1]) Maurach, Zum heutigen Stand..., S. 140
[2]) Engisch, Untersuchungen S. 329
[3]) vgl. Rehberg, a.a.O., S. 107

keineswegs gesagt, daß der Handlungsunwert der entscheidende Unrechtskern[1]), noch, daß er im Tatbestand zu berücksichtigen ist. Unrecht und Schuld der Verletzungstat stehen weder allein in der Handlungsseite, noch allein in der Erfolgsseite, sondern in beiden nach der Art eines Kräfteparallelogramms[2]). Es handelt sich daher um eine Frage des Blickwinkels: schaut man auf die Seite des Verletzers, auf den Wert oder Unwert, den er mit seinem Verhalten auf sich lädt, so wird man den Handlungswert betonen; blickt man auf die Seite des Verletzten, so führt die Unwertbetrachtung desselben Verhaltens auf den Gedanken des Rechtsguts und zur Betonung des Erfolgsunwerts[3]).

c) Der Erfolg als Schwerpunkt des Fahrlässigkeitstatbestands

aa) Dieser letzteren Betrachtung ist der Vorzug zu geben. Für die Vertreter einer "kausalen" Handlungsauffassung müßte sich dies eigentlich bereits aus ihrer Handlungslehre ergeben. Wenn Handlung nur ein Kausalvorgang ist, den der Wille des Täters in der Außenwelt verursacht hat, wenn die strafrechtliche Handlungslehre allein danach fragt, was durch das Wollen des Handelnden verursacht, als Wirkung des Wollens erzeugt worden ist[4]), dann kann der Handlungswert nicht isoliert erfaßt werden: "Die Natur der fahrlässigen Delikte schließt die Möglichkeit aus, eine gerade Verbindungslinie vom finalen Willen über die finale Willensbetätigung zum tatbestandsmäßigen Erfolg zu ziehen, und damit haben sich die Handlungstheorien für die Alternative zu entscheiden, entweder Willen und Willensbetätigung

---

[1]) So Wiethölter, a.a.O., S. 34
[2]) Wimmer, Zufallsproblem, S. 523
[3]) vgl. Maihofer, Unrechtsvorwurf, S. 142
[4]) Mezger, LB S. 108 f

oder Willensbetätigung und Erfolg zu einer Einheit zusammenzuschließen"[1]). Die kausalen Handlungstheorien gehen diesen letzteren Weg und beziehen den tatbestandsmäßigen Erfolg in die Handlung ein, womit diese einer selbständigen Bewertung entzogen ist[2]). Sie muß als ein Kausalfaktor der Rechtsgüterverletzung deren Bewertung notwendigerweise teilen und kann demnach - da der Erfolgsunwert der Rechtsgutsverletzung unzweifelhaft feststeht - systemgerecht nur auf der Ebene der Schuld behandelt werden[3]).

bb) Aber auch für Vertreter einer "finalen" Handlungsauffassung erweist sich nur der Blick auf das verletzte Rechtsgut als der richtige. Wenn es auch das finale System erlaubt, dem Handlungsunwert als "Kern des Unrechts" eine selbständige Bedeutung im Tatbestand zuzuweisen, so verbietet sich das doch deswegen, weil sich nach dem Aufbau der fahrlässigen Verletzungsdelikte der Tatbestand hier in der Verursachung des verbotenen Erfolgs erschöpft[4]). Daß dies der Standpunkt des Gesetzes ist, ergibt sich daraus, daß es bei den Erfolgsdelikten wie fahrlässiger Tötung oder Körperverletzung weder auf die Person des fahrlässig Handelnden noch auf die Art der Erfolgsverursachung ankommt. Daher umspannt z.B. § 230 die objektiven Tatmodalitäten sowohl des § 223 als auch des § 223 a; die fahrlässige Tötung wird auch dann nach § 222 beurteilt, wenn sie durch gemeingefährliche Mittel (§ 211) verursacht worden ist[5]). Der bestimmende Unrechts-

---

[1]) Maurach AT § 17 I; zur Handlungslehre § 15 I

[2]) vgl. Rehberg, S. 68, nach dem die Entwicklung einer besonderen Lehre vom erlaubten Risiko darauf zurückzuführen ist (S. 71)

[3]) wo sie - wie oben gezeigt - wiederum fehl am Platze ist;

[4]) Maurach AT § 43 I B 1

[5]) Maurach AT § 43 I B 2

gehalt ist also gerade nicht der Handlungsunwert, sondern allein die Verursachung des rechtlich mißbilligten Erfolgs[1]).

Darüber hinaus würde eine Einbeziehung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt in den Tatbestand die gemeinsame Grundlage aller Fahrlässigkeitsdelikte zerstören, denn für die Tatbestände, durch die das fahrlässige Verhalten im einzelnen beschrieben wird, kann diese Folgerung nicht gezogen werden[2]). Sonst müßte z.B. dem Tatbestand des fahrlässigen Falscheids ein Delikt der mangelnden Prüfungspflicht vorgelagert werden, zu dem der Tatbestand selbst eine Bedingung der Strafbarkeit wäre.[3])

Für die bei Fahrlässigkeitsdelikten entscheidende Bedeutung nicht des Handlungs- sondern des Erfolgsunwerts spricht auch die Struktur der erfolgsqualifizierten Delikte. Bei diesen ist die pflichtwidrige Handlung durch das vorsätzliche Grunddelikt gesetzlich gekennzeichnet[2]) und nicht etwa durch eine hinzutretende Verletzung der objektiven Sorgfaltspflicht. Andernfalls würde das erfolgsqualifizierte Delikt in eine Addition von Vorsatz und Fahrlässigkeitstat aufgelöst werden[4]). Schon unter diesen Aspekten erweist sich im Kräfteparallelogramm von Handlungs- und Erfolgsunwert der letztere als stärker und für den Tatbestand als allein konstituierend.

Die gegenteiligen Auffassungen müssen sich auch den Vorwurf gefallen lassen, den zweifellos rechtmäßigen Betrieb,

---

[1]) ähnlich Mezger LK S. 328
[2]) Schönke-Schröder, § 59, 163; Dreher, § 59 III A 3
[3]) Oehler, Erlaubte Gefahrsetzung, S. 241
[4]) Oehler, a.a.O., S. 242

das "strebende sich Bemühen"[1]) übermäßig zu Lasten des Erfolgs zu betonen[2]). Es ist schließlich ein etwas seltsames Ergebnis, zu sagen, die Tötung durch einen Arzt sei keine strafrechtliche Tötung, weil die Operation sachgerecht gewesen sei[3]). An dieser einseitigen Handlungsbetrachtung krankt auch die Kritik von Blei[4]), der sich gegen die Scheidung von Gesamtbetrieb und einzelner Betriebshandlung wendet. Er kritisiert das Beispiel Maurachs vom Flugzeugabsturz, bei dem ein zwar erlaubter Flugbetrieb, aber eine - wie der Erfolg lehre - "objektiv stets fehlerhafte Betriebshandlung" angenommen wird[5]). Hier wird aber nicht - wie Blei meint - "die Allwissenheit Gottes zum Maßstab der Fahrlässigkeit gemacht"[6]) und dem Flugzeugführer vorgeworfen, er hätte etwa das Aussetzen des Motors voraussehen müssen; es wird vielmehr der wohl kaum zu bestreitende Mißerfolg konstatiert und keineswegs die Sorgfaltsgerechtheit beim Bedienen der Maschine bestritten[7]). Von der Fahrlässigkeit und ihrem Maßstab ist - wenn man dem Erfolgsunwert den ihm nach dem Gesetz gebührenden Standort zuweist - auf der Tatbestandsstufe noch gar nicht die Rede.

cc) Wie sich noch zeigen wird, besteht für eine derartig frühzeitige Haftungsbegrenzung auch kein Bedürfnis. Man muß sich von der Vorstellung frei machen, daß die Feststellung der Tatbestandsmäßigkeit bereits ein Werturteil

---

[1]) Maurach, Zum heutigen Stand der Meinungen über die strafrechtliche Beurteilung ärztlicher Heileingriffe, S. 141

[2]) Maurach, Schuld, S. 82

[3]) Koffka, Niederschriften, S. 128

[4]) Mezger-Blei, StuB I, S. 215 f

[5]) Maurach AT, § 43 II B

[6]) a.a.O., S. 216

[7]) insofern ist der Ausdruck Maurachs von der "fehlerhaften Betriebshandlung" mißverständlich

sei. Der Tatbestand hat als erste Stufe einer strafrechtlichen Betrachtung vor allem auch technisch-konstruktive Bedeutung[1]). Wie überhaupt die Trennung in Tatbestandsmäßigkeit, Rechtswidrigkeit und Schuld nicht überbewertet werden sollte. Im Prinzip sind die Voraussetzungen einer Rechtsfolgeanordnung eine Einheit, welche die ganzheitliche Bewertung durch das Gesetz zum Ausdruck bringt. Die Dreiteilung dient der Erleichterung der Rechtsanwendung durch Scheidung verschiedener Beurteilungsgesichtspunkte, die an der Bewertung beteiligt sind[2]). Diese reinliche Scheidung sollte man nicht ohne Grund dadurch aufgeben, daß man den Handlungswert oder -unwert einer Tat in den Tatbestand einbezieht, eine Kategorie, die jedenfalls nach dem Aufbau der Fahrlässigkeitsdelikte vom Erfolg her bestimmt wird.

2.) Die Bedeutung des Handlungsunwerts nach dem Inhalt der Norm

Als ein solches zwingendes Argument für die Berücksichtigung des Handlungsunwerts im Tatbestand wird nun von den Befürwortern dieser Auffassung die Bedeutung der Norm angesehen.

a) Die Norm als Bestimmung und Bewertung

Die Unentbehrlichkeit der Norm im Aufbau des Strafrechts ist heute überwiegend anerkannt. Da nur eine verbotene Handlung, nicht eine Rechtsgutsverletzung als solche bestraft

---

[1]) Hardwig, GA 1965, 161

[2]) Deutsch, Fahrlässigkeit, S. 181

werden kann, muß der Strafgesetzgeber aus den bedrohten Rechtsgütern eine Auswahl treffen, die er dem strafrechtlichen Schutz unterstellt. Wollte die Strafdrohung unmittelbar auf der Unantastbarkeit des Rechtsgutes aufbauen, müßte sie sich folgerichtig in der absoluten Pönalisierung jedes die Verletzung oder Gefährdung des Gutes verursachenden Handelns erschöpfen[1]). Es bedarf daher der Einschaltung der Norm, um aus möglichen Rechtsgutsverletzungen die wirklich relevanten auszuwählen und eine Umschreibung in Tatbeständen zu ermöglichen.

aa) Die Autoren, die eine Sorgfaltspflichtverletzung als Voraussetzung der Tatbestandsmäßigkeit ansehen, sehen nun das Wesen der den Fahrlässigkeitsdelikten zugrunde liegenden Norm in der Bestimmungsfunktion. Die Normen müssen nach ihrer Auffassung Richtschnur für die Handlung sein können; sie dürfen deshalb sinnvollerweise nur objektiv sorgfältiges Verhalten fordern[2]).

Diese Rolle, die der Norm zugeschrieben wird, ist aber nicht zwingend. Dem Gesetz läßt sich nicht entnehmen, daß den Verletzungstatbeständen notwendigerweise Bestimmungsnormen (Imperative) zugrunde liegen. Daß das Recht befiehlt, ist selbstverständlich; aber dem Befehl liegt eine zeitlich und logisch vorangehende Wertung zugrunde: ohne die Handlung bewertet zu haben, kann die Norm dem Täter keine Richtschnur für sein Verhalten sein. Die Bestimmungsnorm leitet sich demnach aus der Bewertungsnorm ab, sie wendet sich an den einzelnen und sagt ihm, was er zu tun

---

[1]) Maurach AT § 19 II B 2

[2]) Engisch, Unrechtstatbestand, S. 419 f

und zu lassen hat, um jener Bewertungsnorm zu genügen[1]).

Der Vorrang der Bewertung ergibt sich auch aus der Zielsetzung des Strafrechts. Es ist zwar richtig, daß sich das Verbrechen nicht in der Rechtsgutsverletzung erschöpft[2]); Das Rechtsgut ist jedoch der materielle Kern jeder Verhaltensnorm und jedes auf dieser aufbauenden Tatbestands[3]). Ziel des Strafrechts ist es, die Unversehrtheit zwar nicht jeden Rechtsguts - insofern ist Welzel zuzustimmen - wohl aber der besonders empfindlichen und wertvollen Rechtsgüter zu gewährleisten. Dieser Grundidee des Rechts läuft es aber zuwider, wenn der Handlungsunwert, also die Rechtspflichtverletzung, die sicherlich auch zur Charakterisierung des Verbrechens heranzuziehen ist, überbetont wird. Wenn sich das Recht am Güterschutz orientiert, so erscheint es unwahrscheinlich, daß es die Haftbarkeit für Beeinträchtigungen schon in den Tatbeständen beschränken und damit seine Schutzfunktion im vornherein relativieren will[4]). Würde das Gesetz allgemein vom Gedanken der Bestimmungsnorm ausgehen und die Tatbestände nur sozialinadäquate Verhaltensweisen betreffen lassen, so wäre schwer erklärlich, warum es erst auf einer zweiten Ebene des Verbrechensaufbaus Rechtfertigungsgründe wirksam werden läßt, die gerade auf der Anerkennung sozialadäquater Verhaltensweisen beruhen.

Schließlich läßt sich die Priorität der Bestimmungsnorm auch nicht damit begründen, daß dem Bürger eine Richtschnur für sein Handeln gegeben werden müsse[5]). Diese Leitfunktion

---

[1]) Mezger, StuB I S. 87; Mezger-Blei S. 99
[2]) vgl. Welzel, ZStW 58, 515
[3]) Maurach AT § 19 II A 3
[4]) vgl. dazu und zum folgenden Rehberg, a.a.O., S. 135 ff
[5]) Engisch, Unrechtstatbestand, S. 419

kommt der Norm als Bewertung in gleichem Maße zu. Auch das Verbot von Körperverletzungen und Tötungen wendet sich an Handlungen, indem es den einzelnen verpflichtet, bei seinem Tätigwerden jene Rechtsgüterverletzungen zu vermeiden. Die Bewertungsnorm wendet sich also unu actu zugleich auch bestimmend an den Menschen[1]). Bei so enger Wechselbeziehung zwischen Bestimmung und Bewertung lassen sich für den Standort der Sorgfaltspflichtverletzung aus der Bestimmungsfunktion der Norm jedenfalls keine Schlüsse ziehen.

b) Der Inhalt einer Bestimmung

Im übrigen zwingt auch eine imperativische Unrechtsauffassung nicht dazu, das objektive Fahrlässigkeitsmerkmal in den Tatbestand einzubeziehn. Es ist ja keineswegs klar, in welchem Sinne die Norm zu deuten ist[2]). Die Auffassung, daß der Imperativ auf die Nichtsetzung von Bedingungen für einen Erfolg gerichtet ist, läßt sich ebenso vertreten, wie daß die Norm adäquates Verhalten verlangt oder auch, daß sie sich an die Motivation des Täters richtet. Damit läßt sich in Wahrheit mit dem Begriff des Imperativs weder eine Abgrenzung des Tatbestands noch überhaupt eine Scheidung von Unrecht und Schuld erreichen[3]). Daraus erklärt es sich auch, daß Oehler trotz seiner imperativischen Unrechtsauffassung

---

[1]) vgl. Oehler, Objektives Zweckmoment, S. 41

[2]) Engisch, Unrechtstatbestand, S. 423, gesteht das zu

[3]) Daher empfiehlt Engisch dafür eine Beurteilung vom Ergebnis her: "Dort, wo wir eine Handlungsweise auf gleiche Art billigen, wie die Notwehr, dürfen wir kein Unrecht annehmen; ein Verhalten, das wir auf die gleiche Weise nachsichtig behandeln wie ein durch Not entschuldigtes Verhalten, dürfen wir als einem Schuldausschließungsgrund unterfallend ansehen" (Unrechtstatbestand, S. 425)

das objektive Fahrlässigkeitsmerkmal nicht in den "Unrechtstatbestand" einbezieht[1]). Unter Hinweis auf die individuelle Komponente dieses Maßstabes hält er eine solche Einbeziehung als "mit der Funktion der Rechtswidrigkeit, dem sozialen Unwerturteil über die Handlung" für unvereinbar[1]).

Zusammenfassend ist also festzustellen, daß die fahrlässigen Verletzungsdelikte nicht primär auf Bestimmungsnormen beruhen, sondern von der negativen Bewertung des Erfolgs ausgehen[2]). Jedenfalls läßt sich aus der Funktion der Norm nicht ableiten, daß die Verletzung der generellen Sorgfaltspflicht in die Tatbestände einzubeziehen wäre[3]).

3. Die Bedeutung des Rechtsstaatsprinzips

Spricht demnach sowohl die Systematik der Fahrlässigkeitsdelikte wie die ihnen zugrunde liegende Norm gegen eine Einbeziehung der objektiven Sorgfaltspflicht in den Tatbestand, so erhärtet sich dieses Ergebnis aus dem schon mehrfach herangezogenen Rechtsstaatsgedanken, dem jede vermeidbare inhaltliche Unbestimmtheit der gesetzlichen Tatbestände zuwiderläuft. Dem Vorwurf der Unbestimmtheit ist aber sowohl die ursprüngliche Auffassung Welzels von der fehlenden Indizwirkung fahrlässiger Tatbestände wie auch die Lösung ausgesetzt, die das generelle Sorgfaltsmerkmal in den Tatbestand einbezieht.

---

[1]) Oehler, Objektives Zweckmoment, S. 74 f

[2]) Insoweit zustimmend: Bockelmann, Strafrecht des Arztes, S. 70

[3]) Ebenso Rehberg, a.a.O., S. 137

a) Die Unbestimmtheit der Handlungsqualität

Sind insbesondere die im Zusammenhang mit der Ermittlung der generellen Sorgfaltspflicht erwähnten Begriffe der Sozialadäquanz oder des erlaubten Risikos überaus "blaß"[1]) und durch flüssige Grenzlinien[2]) gekennzeichnet, so gilt der Einwand mangelnder Bestimmtheit auch gegenüber dem Merkmal der allgemein geforderten Sorgfalt. Um eine Privilegierung überdurchschnittlich begabter Täter zu vermeiden, kann sich dieser Begriff nur an einem Kreis hypothetischer Vergleichspersonen mit ähnlichen Fähigkeiten wie der Täter ausrichten[3]). Durch die Hereinnahme dieses personalen Elements wird aber die objektive Sorgfalt relativiert und von der geistigen Kapazität der Menschengruppe abhängig gemacht, zu der der Täter berufsmäßig gehört[4]). Dies brächte zwangsläufig eine willkürliche Begrenzung der Tatbestände mit sich, denn jede Generalisierung der Sorgfaltspflicht nach den Kenntnissen gewisser sozialer Kategorien hängt von dem Kreis der Vergleichspersonen ab, der enger oder weiter gezogen werden kann[5]). Die Erfüllung des Tatbestandes wäre damit nicht mehr vom Gesetzgeber sachlich umschrieben, sondern ergäbe sich aus den Umständen des Einzelfalls und der sozialen Stellung des Täters. Dagegen bestehen aber unter dem Gesichtspunkt "nulla poena sine lege" und unter der Geltung des Rechtsstaatsprinzips die gleichen Bedenken, die auch gegen die Einführung der

---

[1]) vgl. Deutsch, Fahrlässigkeit, S. 244
[2]) Maurach AT § 24 I A
[3]) Maurach AT § 44 II B 1
[4]) Oehler, Objektives Zweckmoment, S. 75
[5]) vgl. Rehberg, a.a.O., S. 138

Adäquanztheorie vorgebracht wurden[1]). So sehr eine Haftungsbeschränkung bei generell sorgfältigem Verhalten angebracht ist, so wenig darf das auf Kosten der Berechenbarkeit strafrechtlicher Sanktionen schon auf der Ebene des Tatbestands geschehen[2]).

b) Der Vergleich mit dem unechten Unterlassungsdelikt

Die Bedenken gegen eine inhaltliche Unbestimmtheit der Fahrlässigkeitstatbestände bei Einbeziehung des objektiven Sorgfaltsverstoßes in sie, lassen sich auch nicht durch den vielfach herangezogenen Vergleich mit den unechten Unterlassungsdelikten ausräumen. Es ist zwar richtig, daß nach der wohl herrschenden Auffassung der Tatbestand der unechten Unterlassungsdelikte durch das Merkmal der Garantenstellung zu ergänzen ist. Aber abgesehen davon, daß auch die unechten Unterlassungsdelikte zu verfassungsrechtlichen Bedenken Anlaß geben[3]), lassen sich beide Vorgänge nicht vergleichen. Die Unterlassungstat hat mit dem Begehungsdelikt die Willenssteuerung eines rechtserheblichen Verhaltens gemeinsam. Das erfolgsbedingende Täterverhalten ist also bei den unechten Unterlassungsdelikten ebenso gesetzlich bestimmt wie bei den Begehungsdelikten.[4]) Unbestimmt ist nur der Adressatenkreis der jeweiligen Norm,

---

[1]) Nach Maihofer, Fahrlässigkeit S. 162, bedeutet eine Obernahme der objektiven Voraussehbarkeit in die Tatbestandsmäßigkeit daher in der Sache nichts anderes als die Aufgabe der Bedingungstheorie zugunsten der Adäquanztheorie.

[2]) vgl. Würtenberger, S. 133

[3]) vgl. die Nachweise bei Maurach AT § 46 III A 1

[4]) Maurach AT § 46 III A 1

der aber durch eine nahe Beziehung zum Rechtsgut gekennzeichnet ist[1]). Beim Fahrlässigkeitsdelikt dagegen ist schon der Inhalt der Norm unbestimmt, wenn eine Ergänzung durch das Merkmal der Sorgfaltspflicht erfolgt[2]).

Daraus ergibt sich, daß der Vergleich mit den unechten Unterlassungsdelikten keineswegs die Bedenken ausräumen kann, die gegen die Berücksichtigung der Sorgfaltsverletzung im Tatbestand bestehen.

4.) Der Vergleich mit der Vorsatztat

Vielfach wird die Situierung der Sorgfaltspflichtverletzung im Tatbestand auch daraus abgeleitet, daß das Unwerturteil für Vorsatz- und Fahrlässigkeitstaten in gleicher Weise am Handlungsunwert anzuknüpfen habe[3]). Diese Auffassung vergißt die eigenständige Natur des Fahrlässigkeitsdelikts. Der Handlungsbegriff ist allerdings bei vorsätzlichen und fahrlässigen Straftaten der gleiche[4]). Er ist gewahrt, wenn überhaupt eine erfolgsbezogene Finalität vorliegt. Das ist auch bei fahrlässigen Verbrechen der Fall, denn auch hier muß der Täter einen bestimmten Erfolg in Aussicht nehmen[5]). Aus der Einheitlichkeit des Handlungsbegriffs folgt aber nicht, daß die rechtliche Bewertung im Rahmen des vorsätzlichen und unvorsätzlichen Delikts in der

---

[1]) Maurach AT § 46 III B 2

[2]) Rehberg, S. 139

[3]) vgl. Welzel, 11. A., S. 129

[4]) Jedenfalls vom Standpunkt der hier vertretenen finalen Handlungslehre

[5]) Maurach AT § 17 I 3

gleichen Weise erfolgen müßte[1]). Der Handlungsunwert der vorsätzlichen Tat liegt in der mißbilligten Finalität der zum Erfolg hinführenden Handlung, während der Handlungsunwert beim fahrlässigen Delikt nicht in der rechtlich meist indifferenten Finalität der Handlung, sondern in einer Entgleisungserscheinung besteht: das Kausalgeschehen entgleitet der Steuerung und die Willensbetätigung führt - jetzt nicht mehr final, sondern nur noch kausal bestimmt - zum tatbestandsmäßigen Erfolg[2]). Sind somit der Handlungsunwert bei vorsätzlicher und fahrlässiger Tat nicht unbedingt vergleichbar, so besteht auch kein Zwang, den Handlungsunwert der Fahrlässigkeitsdelikte gerade im Tatbestand zu berücksichtigen.

Ergebnis:

Es hat sich gezeigt, daß die Tatbestandsmäßigkeit der fahrlässigen Verletzungsdelikte durch den Erfolgsunwert einer Rechtsgutsverletzung gekennzeichnet ist. Dieses aus der Systematik der Fahrlässigkeitsdelikte begründete Ergebnis konnte weder durch die den unvorsätzlichen Delikten zugrunde liegenden Normen noch durch einen Vergleich mit der Vorsatztat erschüttert werden, erhärtete sich aber aus der verfassungsrechlichen Wertentscheidung hinsichtlich Bestimmtheit und Berechenbarkeit der Tatbestände.

---

[1]) Rehberg, S. 147

[2]) Maurach AT § 17 I 1

2. Teil Die Einhaltung der objektiven Sorgfalt als Frage der Rechtswidrigkeit

Nachdem sich die Schuld ebenso wie der Tatbestand im engeren Sinn als Standort der objektiven Sorgfaltsverletzung als ungeeignet erwiesen hat, bleibt im Rahmen der herkömmlichen dreistufigen Verbrechensgliederung nur die Ebene der Rechtswidrigkeit. Dieser Weg ist der heute wohl (noch) am meisten beschrittene, wenn auch die verschiedenen Lösungen wegen der Vieldeutigkeit der verwendeten Begriffe schwer zu überschauen sind. Im folgenden soll daher die Möglichkeit für einen Ausschluß der Rechtswidrigkeit allein für das objektive Sorgfaltsmerkmal untersucht werden. Nur soweit die oft gleichbedeutend verwendeten Begriffe des erlaubten Risikos, der Sozialadäquanz oder des verkehrsrichtigen Verhaltens gleichfalls mit einem fehlenden Handlungsunwert begründet werden, können sie hier mitbehandelt werden. Im übrigen wird die selbständige Bedeutung dieser Begriffe später zu klären sein.

I. Die Begründung in der Theorie

1.) Innerhalb der finalen Handlungslehre wird - wie gezeigt - die generelle Sorgfalt systemgerecht überwiegend im Tatbestand behandelt. Eine Ausnahme macht die schon dargestellte zwischenzeitliche Meinung Welzels, die den Fahrlässigkeitsdelikten die Unrechtsindizierung absprach.

2.) Davon unterscheidet sich die innerhalb der kausalen Handlungslehre vorherrschende, aber auch sonst bei schadensgeneigten Tätigkeiten überwiegend vertretene Auffassung der Sorgfaltseinhaltung als Rechtfertigungsgrund. Doch auch diese, schon von Binding und Exner[1]) entwickelte Lehre, zeichnet sich durch verschiedene Schattierungen aus. Einmal wird die Einhaltung der objektiven Sorgfalt fast durchweg als eigenständiger Rechtfertigungsgrund des erlaubten Risikos behandelt, weil nur unter diesem Namen das Problem des fehlenden Handlungsunwerts innerhalb der kausalen Lehre unterzubringen ist[2]). Zum anderen wird auch hier ein sog. "zweigliedriger Verbrechensaufbau" vertreten, wodurch auch bei Annahme eines Rechtfertigungsgrundes der sog. Gesamttatbestand entfällt.

a) Für die zuerst genannte Behandlung der sog. Sorgfaltswahrung als Rechtfertigungsgrund tritt z.B. Oehler ein. Er bezeichnet sie als erlaubte Gefahrsetzung ohne deren Gestattung gefährliche Betriebe nicht möglich seien.[3]). Die

---

[1]) vgl. die Darstellung oben, 3. Kap. § 1 II 2

[2]) s.oben II 1 c

[3]) Oehler, Erlaubte Gefahrsetzung, S. 243 ff

Zulassung des gefährlichen Betriebs im ganzen soll aber nicht rechtfertigend wirken - darin unterscheidet sich Oehler von den älteren Theorien des erlaubten Risikos - sondern erst die Fehlerfreiheit der einzelnen Handlung, und die liegt erst vor, "wenn die Gefahrsetzung notwendig, maßvoll und entsprechend abgesichert"[1]), also objektiv sorgfaltsgemäß ist. Auch dann läßt Oehler eine Rechtfertigung nur für die mit der erlaubten Handlung "unvermeidlich verbundene Gefahr und Verletzung fremder Rechtsgüter" eintreten[2]). Eine Beachtung der objektiven Sorgfaltspflicht soll auch nicht genügen, "wo dem Täter infolge Anwendung individueller Sorgfalt die besondere Gefahr hätte bekannt sein müssen".

b) Eine ähnliche Konzeption vertritt Baumann. Er stellt fest, daß bei sozialadäquaten Handlungen weder der Tatbestand noch die Schuld entfallen könne. Es bleibt daher seiner Meinung nur an der Rechtswidrigkeit anzusetzen: "Für die fahrlässige Handlung folgt aus dieser Grundkonzeption, daß sozialadäquate Handlungen auch dann, wenn sie einen anderen gefährden oder verletzen, gerade wegen ihrer Sozialadäquanz nicht rechtswidrige Handlungen sind"[3]).

c) In diesem Zusammenhang ist auch die Entscheidung BGHZ 24, 21 ff zu erwähnen, obwohl hier ein eigenständiger Rechtfertigungsgrund des verkehrsrichtigen Verhaltens allein für den Straßenverkehr entwickelt ist und das Verhältnis zum objektiven Fahrlässigkeitsmaßstab ausdrücklich offengelassen wurde. Konsequenterweise gelten die dort aufgestellten

---

[1]) Oehler, a.a.O., S. 244
[2]) Oehler, a.a.O., S. 245; Objektives Zweckmoment S. 75
[3]) J. Baumann, MDR 1957, S. 647

Thesen aber auch für andere Gebiete, etwa das "berufsrichtige Verhalten" des lege artis handelnden Arztes und sicherlich bedeutet ein solches verkehrsrichtiges Verhalten zugleich Einhaltung der objektiv gebotenen Sorgfalt, wenn es nicht überhaupt mit dieser identisch ist.

Ausgehend von zivilrechtlichen Bestimmungen über die Gefährdungshaftung führt der BGH aus, daß auch im Deliktsrecht die Rechtswidrigkeit unvermeidbarer Schädigungen nicht der neueren Rechtsentwicklung entspräche: "Indem die Rechtsordnung den gefahrvollen Verkehr zuläßt und den Teilnehmern an diesem Verkehr im einzelnen vorschreibt, wie sie ihr Verhalten einzurichten haben, spricht sie aus, daß sich ein Verhalten unter Beachtung dieser Vorschriften im Rahmen des Rechts hält"[1]). Der BGH hält es für unbillig, ein Verkehrsverhalten, das den Ge- und Verboten der Verkehrsordnung voll Rechnung trägt, trotzdem mit dem negativen Werturteil der Rechtsordnung zu versehen: "Hierfür gibt der eingetretene Erfolg keinen ausreichenden Grund her, da das Urteil der Rechtswidrigkeit... die zum Erfolg führende Handlung nicht unberücksichtigt lassen kann. Es ist daher der Satz aufzustellen, daß bei verkehrsrichtigem (ordnungsgemäßem) Verhalten eines Teilnehmers am Straßen- oder Eisenbahnverkehr eine rechtswidrige Schädigung nicht vorliegt"[2]).

d) Nur beschränkt gehört die Auffassung Naglers in diesen Zusammenhang, weil er das sachgemäß gelaufene Wagnis (Risiko)

---

[1]) BGH Z 24, 26

[2]) BGH, a.a.O., S. 26; zustimmend Dreher § 59 III A 3

als einen besonderen Fall der Interessenkollision ansieht und nicht schon den fehlenden Handlungsunwert, also die objektive Sorgfaltseinhaltung, für eine Rechtfertigung genügen läßt[1]). Nagler führt eine Gesamtabwägung durch, in die objektive Unentbehrlichkeit der gefährdenden Handlung wie die Verhältnismäßigkeit zwischen dem angestrebten Zweck und der gelaufenen Gefahr eingehen. Demgemäß unterscheidet Nagler: war der Täter zur Vornahme der Handlung rechtlich verpflichtet und waren die Erfolgsaussichten günstig, so ist der konkrete Akt mit allen seinen Folgen rechtmäßig. War die Handlung nur zulässig, so ist der eingetretene Schädigungserfolg rechtlich neutral[2]), wenn die Aussichten des Wagnisses günstig lagen. Dagegen ist der eingetretene Erfolg widerrechtlich, falls die Chance seiner Vermeidung von Anfang an gering war[3]). Immer müssen zur Abwendung der Gefahr Vorkehrungen getroffen sein, das Wagnis also sachgemäß, d.h. objektiv sorgfältig sein. (Insofern gehört also die Meinung Naglers schon in den Zusammenhang der generellen Sorgfaltspflichtverletzung)[4]).

---

[1]) vgl. zur Frage der Interessenkollision Dohnas Zwecktheorie (s.o. 3. Kap. § 1 II 2 und III). Dazu wird bei der Lehre vom erlaubten Risiko Stellung genommen.

[2]) Für eine "Ambivalenz" der verkehrsrichtigen Gefahrenhandlung tritt auch Wimmer ein (ZStW 75, 420 ff)

[3]) Nagler LK S. 344

[4]) Anders die Auffassung H. Mayers, der die Verletzung der Sorgfaltspflicht in den Tatbestand einordnet (StuB S. 129) und das erlaubte Risiko nur als Anwendungsfall der Güterkollision auffaßt (S. 91)

e) Unter den Vertretern eines zweigliedrigen Verbrechensaufbaus hat zunächst[1]) Engisch die Einhaltung der objektiven Sorgfalt als Rechtfertigungsgrund betrachtet, was freilich nach seinem Tatbestandsbegriff nur akademische Bedeutung hat. Das Handeln im erlaubten Risiko, das Engisch mit der Einhaltung der erforderlichen Sorgfalt gleichsetzt, ist von der Rechtsordnung gebilligt, die in ihm liegende Gefährdung daher gestattet: "Formal betrachtet, handelt es sich um Spezialfälle der Unrechtsausschließung"[2]).

f) Auch Schönke-Schröder wollen die Verursachung verbotener Erfolge als Folge riskanten erlaubten Handelns schon im Unrechtsbereich ausscheiden. Dazu dient der Rechtfertigungsgrund des erlaubten Risikos: Nicht jede gefährliche Handlung verstößt gegen Gebote des Rechts; innerhalb gefährlicher Betriebe und Berufe "ist ständig eine Fülle von Gefahrensituationen gegeben, die auch zu einer Schädigung von Rechtsgütern führen können, ohne daß die verletzende Handlung selbst rechtswidrig wäre, da sie, so wie sie vorgenommen worden ist, vorgenommen werden durfte. Das erlaubte Risiko ist daher, ebenso wie bei den Vorsatzdelikten, auch bei den Fahrlässigkeitstatbeständen ein Rechtfertigungsgrund"[3]). Die Rechtfertigung tritt freilich nur ein, wenn sich der Täter im Rahmen dessen hält, was generell an Aufmerksamkeit und Sorgfalt aufgewendet werden muß[4]). Die kunstgerecht durchgeführte Operation wäre also auch bei einem Mißlingen gerechtfertigt, würde sie nicht schon von Schönke-Schröder von den Körperverletzungstatbeständen ausgenommen[5]).

---

[1]) Zum später vertretenen Tatbestandsausschluß vgl. o. II 1

[2]) Engisch, Untersuchungen, S. 286

[3]) Schönke-Schröder § 59 Rdnz. 165

[4]) Da dies das für Schönke-Schröder wesentliche Element des erlaubten Risikos ist, wird seine Auffassung schon hier und nicht erst im 3. Abschn. d.A. erwähnt

[5]) vgl. oben 3. Kap. § 2 I 1b

II. Stellungnahme

1. Die Indizwirkung des Tatbestands

a) Allgemeines

Ausgehend von der Erkenntnis, daß das fahrlässige Verletzungsdelikt durch den rechtlich mißbilligten Erfolg gekennzeichnet ist, muß jede Rechtswidrigkeitsbetrachtung daran ansetzen, daß durch diese Rechtsgutsbeeinträchtigung ein Indiz der Rechtswidrigkeit geschaffen ist, das es zu entkräften gilt. In den Tatbeständen hat der Gesetzgeber besonders typische und gefährliche Rechtswidrigkeitsakte in Leitbildern, in typischen Erscheinungsformen abschließend umrissen[1]). Diese auch immer von Welzel[2]) für "geschlossene Tatbestände" anerkannte Funktion des Tatbestands als "ratio cognoscendi" der Rechtswidrigkeit führt dazu, daß ein Unrechtsausschluß nur durch konkrete Erlaubnisnormen möglich ist. Diese Leitfunktion des Tatbestands im engeren Sinn wird eigentlich auch von denjenigen Autoren anerkannt, die im Gesamttatbestand "die Summe aller Merkmale, die für das Unrecht bedeutsam sind"[3]) zusammenfassen. Wenn sie auch keine sachliche Differenz zwischen dem engeren Tatbestand und Rechtfertigungsgründen anerkennen, so gestehen sie doch den Merkmalen der Einzeltatbeschreibung unrechtsbestimmenden Charakter zu[4]). Damit besteht in der Frage der Unrechtsausräumung zu der vorgenannten (wohl herrschenden) Auffassung kein praktischer Unterschied: Denn es ist letztlich gleichgültig, ob die Indizwirkung eines Tatbestands

---

[1]) Maurach § 24 I A

[2]) z.B. LB 11. A., S. 80

[3]) So z.B. Schönke-Schröder Vorb. 7 vor § 1

[4]) vgl. Roxin, Offene Tatbestände, S. 174

infolge Eingreifens eines Rechtfertigungsgrundes entkräftet wird, oder ob die Tatbestandswirkung infolge Vorliegens negativer Tatbestandsmerkmale überhaupt nicht entsteht[1]). In beiden Fällen bedarf es zum Ausschluß des Unrechts konkreter Gegennormen.

b) Die Indizwirkung des Fahrlässigkeitstatbestands

Dies gilt entgegen der oben skizzierten und inzwischen aufgegebenen Meinung Welzels auch für Fahrlässigkeitsdelikte. Es wurde früher schon erwähnt, daß diese Konstruktion der Fahrlässigkeitsdelikte als "offene Tatbestände" zu einem doppelten Tatbestandsbegriff geführt hätte[2]). Dies sind aber nicht die einzigen Gründe, die sich gegen eine fehlende Unrechtsindizierung bei den Fahrlässigkeitstaten anführen lassen. So verwischt die soziale Inadäquanz als übergesetzliches Merkmal aller Fahrlässigkeitstatbestände deren gesetzliche Bestimmtheit und kommt mit dem Grundsatz "nulla poena sine lege" in Konflikt[3]). Aus der Mittelstellung der sozialen Adäquanz zwischen Tatbestand und Rechtfertigungsgründen folgt auch das Problem, wie ein Irrtum über sie zu behandeln wäre. Nach Welzel müßte ein Irrtum über die fehlende Unrechtsindizierung Tatbestandsirrtum sein, während der Irrtum über einen "normalen" Rechtfertigungsgrund zum Verbotsirrtum führt. Wohl auch um die mit der fehlenden unrechtsindizierenden Wirkung verbundene Bedeutungsentleerung der Tatbestände zu vermeiden, hat Welzel unter dem Eindruck der vielfach geäußerten Kritik[4]) seine

---

[1]) So Maurach AT § 24 I A mit Nachweisen

[2]) vgl. Roxin, Offene Tatbestände, S. 46

[3]) vgl. zum Ganzen Schaffstein, ZStW 72, 369 ff

[4]) Schaffstein a.a.O.; Roxin a.a.O.; Oehler, Erlaubte Gefahrsetzung S. 240 ff.

Auffassung wieder aufgegeben. Eine nähere Auseinandersetzung mit der inzwischen überholten Lehre ist daher nicht veranlaßt.

Zusammenfassend kann festgestellt werden, daß auch bei Fahrlässigkeitsdelikten die Rechtswidrigkeit nicht positiv zu begründen ist, sondern daß der Erfolgsunwert, der im Tatbestand liegt, durch Gegennormen ausgeräumt werden muß.

Liegt eine solche Gegennorm vor, dann bedeutet das aber auch eine Billigung der Tat durch die Rechtsordnung, die dem Täter ein Recht auf ein tatbestandsmäßiges Handeln bescheinigt. Daher sind die Auffassungen abzulehnen, die im Sinne Naglers auf die bloße Unverbotenheit, die rechtliche Neutralität oder die Ambivalenz der Tat hinweisen. Mit einer solchen Feststellung ist nichts gewonnen; hat der Täter eine mit Strafe bewehrte Norm verletzt, so muß sich das Recht eindeutig entscheiden, ob es die Tat billigt oder verwirft. Eine dritte Möglichkeit besteht nicht[1]). Unterfällt eine Handlung einem gesetzlichen Tatbestand, so ist damit festgestellt, daß sich das Recht für diese Tat interessiert, sie strafrechtlich relevant also gerade nicht rechtlich neutral ist. Von diesem vorläufigen Urteil kann sich das Recht nicht mit einer indifferenten Haltung zurückziehen, die mit der Funktion der Norm als Bestimmung und Bewertung unvereinbar wäre und auch in Irrtumsfällen zu Schwierigkeiten führen müßte.

---

[1]) vgl. statt vieler Maurach AT § 24 III 1

2.) Die Einhaltung der objektiven Sorgfalt als Erlaubsnissatz

Nach dem Gesagten kann die Einhaltung der generell gebotenen Sorgfalt nur dann die Rechtswidrigkeit einer Körperverletzung oder Tötung ausschließen, wenn sie den Charakter eines Erlaubsnissatzes hat, d.h. also die Verletzung erlaubt[1]).

a) Die objektive Sorgfalt als Handlungsqualität und nicht Handlungsrecht

Diese Funktion kann der Einhaltung der erforderlichen Sorgfalt nicht zukommen, nicht generell und auch nicht speziell bei sachgemäßer Vornahme schadensgeneigter Handlungen. Die Sorgfaltseinhaltung stellt immer nur eine Handlungsqualität dar, gibt aber kein Handlungsrecht. Ein solches Recht entsteht nach dem wohl den gebräuchlichsten Rechtfertigungsgründen zugrunde liegenden Gedanken nur aufgrund einer Wertrelation zwischen dem verursachten Erfolg und rechtlich geschützten Interessen des Handelnden: "Materiell gesehen ist das Verhältnis zwischen Tatbestand und Rechtswidrigkeit ein solches von Wertkollissionen. Die Wertabwägung ist das allgemeine Rechtfertigungsprinzip"[2]). Es kann nun keinem Zweifel unterliegen, daß eine derartige Wertabwägung nur bei der Bestimmung des Umfangs der erforderlichen Sorgfalt[3]), nicht aber im Verhältnis zum verletzten Rechtsgut stattfindet. Wie der fehlende Handlungsunwert im Rahmen des Tatbestands an der Priorität des

---

[1]) ähnlich Stoll, JZ 1958, S. 140

[2]) Noll, ZStW 77, S. 9

[3]) vgl. dazu oben (1. Unterabschnitt)

Erfolgsunwerts nichts zu ändern vermag, so kann er für sich auch nicht den tatbestandsmäßigen Unwert aufheben: das sorgfältige Handeln kann allein nicht das Recht einräumen, in die Rechtssphäre eines Dritten einzugreifen. Die Gewährung eines solchen Eingriffsrechts ist aber das allen Rechtfertigungsgründen gemeinsame Prinzip[1]). Dies gilt nicht nur für die Standardfälle z.B. der Notwehr, sondern auch für erst von der Rechtsprechung anerkannte Rechtfertigungsgründe[2]).

b) Die soziale Nützlichkeit als Rechtfertigung nur für die Gefährdung

Damit wäre allenfalls eine Rechtfertigungswirkung nicht des sorgfaltsgemäßen Handelns als solchem sondern des sozial nützlichen Handelns[3]) denkbar, da hier eine Wertrelation zwischen der von der Sozialordnung gebotenen Handlung und der Rechtsgutsverletzung denkbar ist. Es handelt sich also um die Frage, ob ein objektiv sorgfältiges und darüber hinaus "erlaubtes", weil sozial nützliches Handeln eine Rechtfertigung herbeiführen kann. Auch diese Frage ist zu verneinen, weil auch die Erlaubtheit einer Risikohandlung kein Verletzungsrecht gewähren kann.

aa) Freilich ist das Verhalten im Verkehr, der Betrieb von Eisenbahnen oder die gefährliche Herzoperation generell

---

[1]) Stoll JZ 1958, S. 137; eingeschränkt: Wiethölter, Verkehrsrichtiges Verhalten S. 10

[2]) vgl. Boennecke NJW 1960, S. 1188

[3]) Inwieweit sich dieses sorgfältige und nützliche Handeln mit der herrschenden Lehre vom "erlaubten Risiko" deckt, wird im 3. Abschnitt d.A. untersucht.

erlaubt. Die Unentbehrlichkeit und Nützlichkeit solcher schadensgeneigter Verhaltensweisen steht wohl außer Frage. Allzu selbstverständlich wird aber aus der Erlaubtheit der Handlung auf die Rechtfertigung des Erfolgs geschlossen. Um eine rechtfertigende Wirkung auszuüben, müßte die sachgemäße Risikohandlung zu einer Aufhebung des Verletzungsunwerts führen. Dies kann nach der hier vertretenen Auffassung nur einer Handlung gelingen, die als Mittel zur Verwirklichung eines höheren oder zumindest gleichwertigen Zwecks notwendig ist[1]). Der Sozialwert der riskanten Handlung muß also höher stehen, als der Verlust des durch sie verletzten Gutes veranschlagt werden kann[2]). Das trifft bei schadensgeneigten Handlungen nicht generell zu: sie sind zwar zur Aufrechterhaltung des Betriebs das geeignete Mittel, womit - selbstverständlich - die Gefährdung erlaubt ist. Die in concreto verletzende Handlung ist aber für den gefährlichen Gesamtbetrieb, also z.B. für die Ausübung der ärztlichen Berufstätigkeit unwesentlich, weil an der Verletzung oder Tötung eines Menschen bei Ausübung der Heiltätigkeit kein Interesse besteht. Mit anderen Worten: Die für die Rechtfertigung entscheidende Wertrelation besteht nur zwischen Handlung und dem gefährdenden Beruf, nicht aber zwischen Handlung und Rechtsgutsverletzung. Diese fehlende Relation läßt sich auch nicht aus der Unvermeidbarkeit der Schädigungen herleiten. Es handelt sich immer nur um eine statistische Unvermeidbarkeit[3]), die dann, wenn es um die Beurteilung einer konkreten Tat geht außer Betracht bleiben muß. Der Täter darf zwar die riskante Handlung vornehmen; das Recht kann ihm aber die

---

[1]) Dies ist m.E. ein wesentliches, sich aus dem Rechtsgüterschutz ergebendes Element der Rechtfertigung, das freilich nicht bei allen Rechtfertigungsgründen durchgeführt ist.

[2]) ebenso Maurach AT § 43 II B 2

[3]) für die sich - wie die Ausführungen zum "erlaubten Risiko" zeigen werden - der Grad der Tolerierung durch das Recht nicht feststellen läßt.

Verantwortung für die Verwirklichung des Risikos nicht durch den Stempel der Rechtmäßigkeit abnehmen. Es ist auch sein Risiko, auf das der Täter handelt.

bb) Dieses Ergebnis bestätigt sich aus der Sicht des Verletzers. Die Schlußkette: Betrieb erlaubt - Schädigung unvermeidbar - Schädigung erlaubt, würde zu der unerträglichen Konsequenz führen, daß sich aus der sozialen Unentbehrlichkeit einer sachgerechten Risikohandlung ein subjektives Recht ergäbe, einen Menschen zu verletzen oder gar zu töten. Eine solche "erlaubte Tötung" im Interesse der sozialen Nützlichkeit sprengt den Kreis, der für die Rechtfertigungsgründe üblicherweise gezogen ist und stellt den Patienten mit dem flüchtigen, mit der Schußwaffe bedrohten Verbrecher auf eine Stufe. Und selbst hier genügt der generelle Wert des Tätigkeitskomplexes "Schußwaffengebrauch" ebensowenig, wie etwa die generelle Zulässigkeit von Notwehr in Verteidigungssituationen; nötig und allen Rechtfertigungsgründen gemeinsam ist vielmehr die Ausrichtung auf den Zweck der konkreten Einzelhandlung. Eine Gegennorm im Einzelfall ist das "erlaubte Risiko" u.ä. wegen seiner generellen Ausrichtung aber gerade nicht[1]). Die einzig befriedigende Konsequenz ist daher das Erlöschen der Gefährdungserlaubnis in dem Moment, in dem die Gefährdung umschlägt, die Gefahr also zur verbotenen Verletzung wird[2]).

Die Gegenauffassung beruft sich demgegenüber darauf, daß man einen Erfolg ebensowenig verbieten könne, wie man einer fallenden Bombe untersagen könne, einzuschlagen, sondern

---

[1]) Insofern übereinstimmend Wiethölter, Verkehrsrichtiges Verhalten, S. 11

[2]) So Kienapfel, Erlaubtes Risiko, S. 14

daß vielmehr nur das zum Erfolg führende Handeln verboten sei[1]); deshalb sei auch die "konkrete Gefahr" für das Rechtsgut erlaubt, weil sonst in dem "erlaubten Betrieb" nicht gearbeitet werden dürfe. Diese Meinung vergißt die Funktion der Norm als Bestimmung und Bewertung und verwechselt deshalb Handlungs- und Erfolgsunwert: freilich ist auch die konkrete Gefahr erlaubt; entscheidend für das fahrlässige Verletzungsdelikt ist aber die realisierte Verletzung, der Erfolg, den man natürlich nicht verbieten kann, aber negativ bewerten muß und den es durch eine Gegennorm des Dürfens aufzuheben gilt.

cc) Die Richtigkeit der hier vertretenen Auffassung erhellt sich schließlich auch von der Sicht des Verletzten aus, dem die Anerkennung des erlaubten Risikos als Rechtfertigungsgrund die Notwehrmöglichkeit abschneiden würde. Dem subjektiven Recht auf Verletzung entspricht die Pflicht des Betroffenen, den Eingriff in seine Rechtsgüter zu dulden[2]). Es ist aber ein mit dem Rechtsgefühl schwer vereinbarer Gedanke, daß einmal der Patient sachgerecht durchgeführten Heileingriffen hilflos ausgeliefert wäre und zum anderen auch ein mit überlegenem Sachkönnen ausgestatteter Arzt dem durchschnittlich verfahrenden Kollegen nicht in die Parade fahren dürfte, wenn er im letzten Augenblick durch entschlossenes Handeln einen sich abzeichnenden Mißerfolg verhindern könnte.

Freilich ist zuzugeben, daß solche Fälle nicht sehr praxisnah konstruiert sind. Es darf ferner nicht übersehen werden, daß das Argument aus § 53 StGB nur zieht, wenn man mit der

---

[1]) Meckel a.a.O. S 52 f unter Berufung auf Münzberg, a.a.O., S. 3

[2]) ähnlich Deutsch, Fahrlässigkeit, S. 51;
Schmidt R., NJW 58, 488 f

heute wohl überwiegenden Meinung als rechtmäßig einen solchen Angriff ansieht, der von der Rechtsordnung objektiv positiv bewertet wird, den der Angreifende also vornehmen darf. Demgegenüber betrachtet die Gegenansicht als rechtmäßig einen solchen Angriff, den sich der Angegriffene gefallen lassen muß[1]). Der Arzt könnte nach dieser Auffassung also rechtmäßig handeln, ohne daß dem Patienten die Notwehrmöglichkeit abgeschnitten wäre. Ohne auf die Berechtigung dieser Konstruktion näher einzugehen[2]), kann jedenfalls so viel gesagt werden, daß sie das Unbefriedigende der hier angegriffenen "Rechtswidrigkeitslösung" nicht beseitigen kann, weil ungeklärt bleibt, wann eigentlich eine Pflicht zur Erduldung der drohenden Verletzung besteht[3]).

c) Die Generalklausel als Rechtfertigung

Gegen die Wertung der objektiv sorgfältigen Handlung als Rechtfertigungselement läßt sich schließlich noch der schon mehrfach herangezogene Rechtsstaatsgedanke anführen. Es ist zwar nichts dagegen einzuwenden, außerhalb der gesetzlich normierten Rechtfertigungsgründe auch andere rechtfertigende Situationen anzuerkennen; es wäre eine Überspannung des Gedankens der Gesetzesherrschaft, wollte man nicht nur für die Strafbegründung gemäß § 2 StGB, sondern auch für die Strafbefreiung im Sinne einer Tatrechtfertigung die strikte Bindung an das Gesetz postulieren[4]). Es geht aber nicht an, die scharf profilierten Rechtfertigungsgründe durch eine generalklauselartige Rechtfertigung der objektiven Sorgfaltseinhaltung, des verkehrsrichtigen Verhaltens

---

[1]) So z.B. Welzel, Verkehrsdelikte, S. 28; Schönke-Schröder § 53, 10; Jagusch LK S. 404 mit weiteren Nachweisen

[2]) Näheres dazu Maurach AT § 26 II

[3]) Maurach AT § 43 II B 2

[4]) Würtenberger, Rechtsstaatsgedanke, S. 132 f

und ähnlich unscharfer Begriffe zu unterlaufen. Wie auch die Bestimmung der Tatbestandsmäßigkeit[1]) so darf auch die Rechtfertigung nicht durch Verzicht auf definitorisch fixierbare Kriterien allein dem Richter überlassen werden[2]).

3. Ergebnis und Ausblick:

a) Die bisherigen Untersuchungen haben ergeben, daß die Einhaltung der objektiven Sorgfaltspflicht weder allein noch im Zusammenhang mit einer sozial nützlichen Handlung den Erfolgsunwert eines fahrlässigen Verletzungsdelikts aufheben kann. Deshalb kann ein sorgfältiges Verhalten und - das darf jetzt schon gesagt werden, - generell jedes Institut, das sich auf die Erlaubtheit der Handlung oder deren fehlenden Unwert stützt, nicht als Rechtfertigungsgrund aufgefaßt werden.

b) Damit hat sich zugleich herausgestellt, daß die Einhaltung der objektiven Sorgfaltspflicht innerhalb der herkömmlichen Verbrechenselemente eigentlich heimatlos ist, weil es sich keinem systematisch einwandfrei zuordnen läßt[3]).

Maihofer hat deshalb versucht, das Problem auf der "Grundlage eines dualistischen, viergliedrigen, jeweils auf tat- und täterbezogene Elemente aufgebauten personalen Straftatensystems"[4]) zu lösen. Er unterscheidet zwischen Unrechtssachverhalt, zu dem die objektive Voraussehbarkeit der Tatfolgen

---

[1]) vgl. oben 1. Teil, II 3 a

[2]) vgl. Lenckner JuS 1968, S. 253

[3]) Insoweit übereinstimmend Maihofer, Fahrlässigkeit, S. 162

[4]) Maihofer, Fahrlässigkeit, S. 185; Unrechtsvorwurf S. 142 ff

und die objektive Beherrschbarkeit der Tathandlung für eine vernünftige Person gehören, und Unrechtsvorwurf, dem die objektive Einsehbarkeit in das Unrechttun und die objektive Vermeidbarkeit für eine vernünftige Person zugrunde liegen. Dem steht nach dem System Maihofers der Schuldsachverhalt gegenüber, zu dem die subjektive Voraussehbarkeit der Tatfolgen und die subjektive Beherrschbarkeit der Tathandlung für "meine Person" gehören. Zum Schuldvorwurf zählt Maihofer die subjektive Einsehbarkeit in das Unrechttun und die subjektive Vermeidbarkeit für "meine Person". Den generellen Sorgfaltsmaßstab des Verhaltens lege artis hält Maihofer im Rahmen dieser Konstruktion sowohl für die Feststellung der Verfehlung des generellen Sollens wie Könnens unentbehrlich[1]). Die objektive Pflichtwidrigkeit begründet den Unrechtsvorwurf.

Der Berechtigung und den Konsequenzen dieser Konstruktion Maihofers kann im einzelnen nicht nachgegangen werden. Mit der hier vertretenen Auffassung stimmt sie nicht überein, weil sie von der objektiven Unrechtsauffassung als Urteil über die Tat und nicht den Täter abgeht. Das System Maihofers enthält aber insofern eine billigenswerte Erkenntnis, als es einerseits den objektiven Sorgfaltsmaßstab nicht in den Unrechtssachverhalt einordnet und ihm auch nicht den Charakter einer Gestattungsnorm zubilligt, sowie andererseits eine Abgrenzung zur Schuld vornimmt. Innerhalb des"Unrechtsvorwurfes" ist die Einhaltung der generellen Sorgfalt aber ebenfalls fehl am Platze. Als generelles Urteil über den Täter ist sie weniger in die Nähe des Unrechts als vielmehr in die Nähe der Schuld zu rücken. Die richtige

---

[1]) Maihofer, Unrechtsvorwurf, S. 158

Lokalisierung muß demnach zwischen Unrecht und Schuld erfolgen[1]): einerseits betrifft die generelle Sorgfaltspflicht noch die Handlung und enthält ein Urteil über die Tat, andererseits beruht sie bereits auf einem personellen Vergleich, mit dem eine Belastung für den Täter verbunden ist. Trotzdem sagt diese Bewertung nichts über die Schuld aus, weil sie auf einem überindividuellen Maßstab basiert.

Eine Theorie, die entsprechend dieser Darlegungen zwischen Rechtswidrigkeit und Schuld ein weiteres Verbrechenselement einfügt, ist die ""Tatverantwortungslehre" Maurachs. Im folgenden ist zu untersuchen, ob diese Lehre das objektive Sorgfalsmerkmal befriedigend einzuordnen vermag.

---

[1]) Ebenso Rehberg, a.a.O., S. 170

C Die Einhaltung der erforderlichen Sorgfalt als Frage der Tatverantwortung

I. Der Inhalt der Lehre

1. Die Kritik am "komplexen" Schuldbegriff

Die Lehre Maurachs setzt beim "komplexen" Schuldbegriff der überkommenen Meinung an, der für zu eng erachtet wird. Maurach hält es für unerläßlich, ein "Kriterium persönlicher Tat-Zurechnung zu finden, das die Haftung des Täters nicht nur für die die Schuld vergeltende und daher voraussetzende Strafe, sondern auch für die von Schuld unabhängigen Maßregeln der Sicherung und Besserung gestattet"[1]). Dazu genügt nach Maurach das rechtswidrige Verhalten allein noch nicht, vielmehr muß auch bei dieser Kategorie ein bestimmter Grad von Verantwortlichkeit vorhanden sein[2]), ohne daß aber andererseits ein Schuldvorwurf gemacht werden könnte. Dieses Erfordernis der Verantwortlichkeit, das ein Unwerturteil über den Täter enthält, ohne ihn mit dem Vorwurf des persönlich Anders-Handeln-Könnens zu belasten, läßt sich innerhalb des herkömmlichen Verbrechensaufbaus weder der Rechtswidrigkeit noch der Schuld zuordnen.

---

[1]) vgl. dazu und im folgenden Maurach, Schuld S. 30 ff

[2]) Das erkennt auch die h.M. mit der Forderung nach einem "natürlichen Vorsatz" an; - vgl. Schönke-Schröder § 42 b, 5; Kohlrausch-Lange S. 123

Die Kritik Maurachs gegen den herrschenden normativen Schuldbegriff richtet sich auch dagegen, daß er in Wirklichkeit kein Merkmal eines rein persönlichen Vorwurfs sei[1]). Dieser Aufgabe der "extremen Individualisierung" wird nach Maurach z.B. die h.L. von der Zumutbarkeit normgemäßen Verhaltens nicht gerecht. Sie ordnet den Notstand in §§ 52 und 54 und die Notwehrüberschreitung nach § 53 III bei den Schuldausschließungsgründen ein[2]), obwohl in den genannten Notlagen ein Individualisierungsprozeß nicht stattfindet, da das Gesetz die haftungsbeschränkende objektive Situation abschließend umschreibt und ihre psychologische Wirkung auf den Täter generalisierend unterstellt.[3]).

2. Die Lehre der Zurechenbarkeit im allgemeinen

Aus der geschilderten Unzulänglichkeit des normativen Schuldbegriffs heraus empfiehlt Maurach die Einführung des Begriffs der Zurechenbarkeit, der zwar stets ein Unwerturteil aber nicht zwingend schon ein Vorwurfsurteil beinhaltet[4]). Die Zurechenbarkeit besagt, daß das durch Tatbestandsmäßigkeit und Rechtswidrigkeit begründete Unwerturteil über die Tat nunmehr auch den Urheber dieses Tuns ergreift. Sie ist "dasjenige rechtlich mißbilligte Verhältnis des Täters zu seiner tatbestandsmäßig-rechtswidrigen Tat, welches die Grundlage der verschiedenen strafrechtlichen Reaktionsmöglichkeiten abgibt"). Dieser weit gezogene Zurechenbarkeitsbegriff ermöglicht es Maurach, innerhalb dieser Kategorie generalisierende Vorbelastungen auszusondern und sie

---

[1]) AT § 30 II C 2

[2]) vgl. statt vieler Welzel 11. A., S. 178 ff; Schönke-Schröder § 52,1

[3]) vgl. Maurach AT § 30 II C 2

[4]) Maurach AT § 31 II A

in einer besonderen Beurteilungsstufe, der Tatverantwortung, zusammenzufassen. Der zweiten Stufe innerhalb der Zurechenbarkeit, der Schuld im eigentlichen Sinne, bleiben demnach nur diejenigen Merkmale vorbehalten, die einen persönlichen Vorwurf im Sinne strengster Individualisierung begründen.

Den Begriff der Tatverantwortung erläutert Maurach folgendermaßen[1]): Tatverantwortung heißt Einstehenmüssen, bedeutet Haftung. Sie ist gegeben, wenn die Handlung von solchen motivationsbeeinflussenden äußeren Faktoren frei ist, deren Erheblichkeit die Rechtsordnung anerkennt. Liegt eine solche Normalsituation vor, die eine Tat als das Willenswerk des Täters erscheinen läßt, so folgert das Strafrecht daraus die Haftung des Täters. Sie ist bei der Begehung tatbestandsmäßigen Unrechts Ausgangspunkt und Regel: Die Tatverantwortung wird durch das Unrecht also "indiziert", wie die Rechtswidrigkeit durch den Tatbestand; eine Entkräftung des Indizes erfolgt durch sog. Gründe des Verantwortungsausschlusses. Fehlen solche Gründe, so ist mit Bejahung der Tatverantwortung eine Mißbilligung des Täters ausgesprochen, die eine Brücke von der unwertigen Tat zum unwertigen Täter schlägt und darüber hinaus einen personellen Vergleich des Täters mit dem Durchschnitt der übrigen Rechtsgenossen zu Lasten des Täters enthält. Einen Vorwurf bedeutet dieses Abfallen vom Können des Durchschnitts allerdings nicht, sondern lediglich eine Mißbilligung[2]). Da der nicht tatverantwortlich Handelnde sich rechtswidrig verhält, ist ihm gegenüber Notwehr zulässig.

---

[1]) a.a.O., § 32 A

[2]) Maurach, AT § 31 II B 1

3. Die Zurechenbarkeit beim fahrlässigen Delikt

Wie der Begriff der Tatverantwortung bei den Unzumutbarkeitsgründen eine Vorfilterung hinsichtlich der generalisierenden Mißbilligung gestattet, so ist er auch bei den Fahrlässigkeitstaten in der Lage, schon die Abweichungen von durchschnittlichen Sorgfaltsanforderungen zu erfassen und so ein rein individuelles Schuldurteil zu ermöglichen. Nach der Theorie Maurachs ist daher die in Innehaltung des verkehrsmäßigen Risikos vorgenommene schädigende Handlung zwar rechtswidrig, weil mit einem rechtswidrigen Erfolg belastet, dem Urheber dieses Erfolgs aber nicht zurechenbar[1]). Erst wenn die Außerachtlassung der verkehrsgebotenen Sorgfalt dem Täter auch nach seinen individuellen Fähigkeiten vorzuwerfen ist, ist in der zweiten Stufe der Zurechenbarkeit das Schuldurteil gesprochen.

---

[1]) Maurach AT § 44 II A

II. Stellungnahme:

1. Die systematische Einordnung

a) Nach dem oben gewonnenen Ergebnis zur Einordnung der generellen Sorgfalt zwischen Rechtswidrigkeit und Schuld kann der Konstruktion Maurachs eigentlich nur zugestimmt werden. Es wurde gezeigt, daß die Innehaltung der verkehrserforderlichen Sorgfalt als eine objektive Qualität der Handlung auf der Grundlage der klassischen Verbrechenslehre systematisch nicht richtig eingeordnet werden kann[1]). Denn eine Übernahme der objektiven Voraussehbarkeit in die Tatbestandsmäßigkeit bedeutet in der Sache nichts anderes als die Aufgabe der Bedingungstheorie zugunsten der Adäquanztheorie; sie läßt sich mit dem System der normierten Fahrlässigkeitstatbestände auch schwerlich in Einklang bringen. Eine Übernahme der Merkmale der objektiven Pflichtwidrigkeit in das Verbrechenselement der Rechtswidrigkeit schließlich bedeutet für die klassische Lehre nichts weniger als die Aufgabe des objektiven Unrechtsbegriffs, dessen Berechtigung heute aber wohl allgemein anerkannt ist. Denn in der objektiven Pflichtverletzung steckt nicht mehr nur ein reales Urteil über die Tat, sondern auch ein personaler Vorwurf gegen den Täter, der nicht so gehandelt hat, wie "man" handeln sollte und konnte[2]). Andererseits ist eine generelle Mißbilligung innerhalb der Schuld fehl am Platze. Die unentbehrliche "Drehstelle" von der Tatbewertung zur Täterbewertung, vom Erfolgs- zum Handlungsunrecht sitzt bei der fahr-

---

[1]) Maihofer, Fahrlässigkeit S. 165

[2]) Insofern besteht Übereinstimmung mit Maihofer a.a.O.

lässigen Tat also am Punkt zwischen Unrecht und Schuld. Nur hier kann die Einhaltung der objektiv erforderlichen Sorgfalt systematisch einwandfrei lokalisiert werden.

Es ist das Verdienst der Lehre Maurachs, diese Nahtstelle vom Urteil über die Tat (Rechtswidrigkeit) zum Vorwurf gegenüber dem Täter (Schuld) als unentbehrliches Zwischenstück erkannt und für sie einen dogmatischen Nachweis gegeben zu haben. Vom ganz anderen Ansatzpunkt der Kritik der Notstandslehre hat Maurach m.E. überzeugend nachgewiesen, daß das Problem der generellen Sorgfaltseinhaltung kein Sonderfall ist, sondern daß in zahlreichen Fällen des Besonderen und des Allgemeinen Teils des StGB[1]) der Übergang vom Unrecht zur Schuld nur durch Einschaltung eines Zwischengliedes zu vollziehen ist. Wie notwendig die Ausschaltung generalisierender Vorbelastungen aus der Schuld ist, zeigt insbesondere der Fall des Notstandes, der wie die Einhaltung der Sorgfaltspflicht keinen Erlaubnissatz darstellen kann, andererseits aber nicht den für die Schuldprüfung unerläßlichen Individualisierungsprozeß aufweist. Es ist naheliegend, diese wesensmäßig eng zusammenhängenden Verbrechensvoraussetzungen in einer eigenen Stufe der Zurechnung zusammenzufassen[2])[3]).

Wenn die Gegenauffassung in dem Merkmal der Tatverantwortung eine Komplizierung des Verbrechensaufbaus beklagt, der sachlichen Klassifizierung aber grundsätzlich zustimmt[4]),

---

[1]) vgl. die Nachweise AT § 32 B, C

2) Hierher gehört eigentlich auch das Merkmal der Adäquanz, das Maurach in der Kausallehre verwendet (vgl. o.). Denn ein erfolgsadäquates Verhalten ist Teil der Sorgfaltspflichtverletzung und damit der generellen Täterbewertung.

[3]) Für die Notstandslehre zustimmend: Jagusch, LK S. 415

[4]) vgl. E. Schmidt JZ 56, 190 und die Nachweise bei Maurach AT § 32 A

so kann dem nicht gefolgt werden. Es handelt sich um eine Komplikation, die in der Sache begründet ist und nicht dogmatisch erzeugt wird. Die Schwierigkeit der Einordnung der objektiven Sorgfalt besteht nach anderen Theorien ebenso, was etwa im mehrmaligen Meinungswechsel eines Autors wie Welzel genügend dokumentiert ist. Bei einer solchen Situation ist es konstruktiv sauberer und wohl auch einfacher, das Problem einer seiner Natur entsprechenden eigenen Beurteilungsstufe zuzuweisen, als es gewaltsam im herkömmlichen Verbrechensaufbau einzuordnen oder es in einem "gewohnheitsrechtlichen" Rechtfertigungsgrund gleichsam zu "verstecken".

2. Die Praktikabilität der Lösung beim Heileingriff

Daß die hier befürwortete Einordnung nicht nur systematisch befriedigend ist, sondern auch zu vernünftigen Ergebnissen führt, zeigt sich gerade beim sachgerecht vorgenommenen Heileingriff. Der Ausschluß der Tatverantwortung vermeidet die absurden Ergebnisse anderer Konstruktionen, die eine Operation mit letalem Ausgang nicht als Tötung sehen wollen oder zu der nicht weniger unbefriedigenden Konsequenz einer "rechtmäßigen Tötung" genötigt sind. Die Ärzteschaft sollte erkennen, daß mit solchen, dem natürlichen Rechtsempfinden zuwiderlaufenden Lösungen, dem Arzt in Wahrheit nicht gedient ist. Dem ärztlichen Berufsethos entspricht es eher, sich den Standpunkt des verletzten Patienten zu eigen zu machen und einen Fehlschlag als solchen anzuerkennen, als sich auf ein "Recht" zur Verletzung zu versteifen.

Nur diese Blickrichtung unterstreicht die Verantwortung des Arztes für seinen Patienten, die ihn vom Notwehrtäter oder dem schießenden Soldaten abhebt und vor überhöhter Risikobereitschaft schützt. Wer sich die Erfolgsbezogenheit des Unrechts als Urteil über die Tat und nicht den Täter vor Augen hält, wird die Bejahung der Rechtswidrigkeit einer Tötung auch nicht als Makel empfinden können.

Dem berechtigten Anliegen der Ärzteschaft, von einem persönlichen Vorwurf verschont zu bleiben, wird der Ausschluß der Tatverantwortung voll gerecht. Er entkräftet das infolge des Tat-Unrechts begründete Indiz der Verantwortlichkeit und bescheinigt dem Arzt, daß er sich so verhalten hat, wie "man" sich nur verhalten konnte.

D. Ergebnis

Die bisherigen Untersuchungen haben ergeben, daß eine befriedigende Lösung fehlgeschlagener Heileingriffe nicht durch Konstruktion eines dogmatischen Sonderrechts für Heilbehandlungen zu erzielen ist, sondern nur durch Regelung aller fehlgegangenen schadengeneigten Verhaltensweisen. Es hat sich gezeigt, daß eine solche allgemeingültige Behandlung nur im Rahmen der Fahrlässigkeitsdelikte erfolgen kann und sich hier wiederum als Frage der generell gebotenen Sorgfalt darstellt. Diese wurde nicht als ein Problem des Unrechts oder der Schuld erkannt, sondern eines zwischengeschalteten Zurechnungskriteriums, der Tatverantwortung. Damit ist festgestellt, daß jeder sachgemäß ausgeführte Heileingriff - eben wegen Einhaltung der objektiv erforderlichen Sorgfalt beim sachgemäßen Vorgehen - dem Arzt nicht vorgeworfen werden kann, ja ihm nicht einmal persönlich zuzurechnen ist.

Im folgenden ist zu prüfen, ob etwa neben der Einhaltung der objektiven Sorgfalt - die ja keine Rechtfertigung begründen kann - auch Rechtfertigungsgründe gegeben sind. Diese könnten dann, wie im einleitenden systematischen Überblick dargestellt, bereits vor der Frage der Tatverantwortung als echte Gegenrechte zu berücksichtigen sein.

3. Abschnitt: Die Rechtfertigung des fehlgeschlagenen Heileingriffs im Besonderen

I. Die Einwilligung

1. Der Anwendungsbereich

a) Da Fahrlässigkeitstaten grundsätzlich unter denselben Voraussetzungen wie Vorsatztaten durch einen Rechtfertigungsgrund gedeckt sein können[1]), kommt auch der Einwilligung des Verletzten rechtfertigende Kraft zu. Sie besteht in der einseitigen, mangelfreien Zustimmung des verfügungsbefugten und -fähigen privaten Verletzten zur Straftat und ist ihrem Wesen nach Preisgabe des Rechtsschutzwillens[2]). Damit tritt die Verbotsnorm zurück, der Erfolgs- und Handlungsunwert der Tat wird aufgehoben, diese wird rechtmäßig[3]). Die Einwilligung stellt also eine echte Gegennorm im hier verlangten Sinne dar[4]). Praktisch freilich ist sie für den Arzt von sehr begrenzter Bedeutung; denn die Einwilligung deckt nicht jeden Eingriff und ihre Wirksamkeit hängt von einer Vielzahl von Voraussetzungen ab.

---

[1]) Allg. Meinung. Vgl. Maurach AT § 43 II C

[2]) Mezger LK S. 335

[3]) So die h.M. Vgl. statt vieler Schönke-Schröder, § 51 Vorb. 36. Anders vom Standpunkt der Willensrichtungslehre aus Mezger, LK S. 339, der eine Neutralisierung des Unrechts annimmt.

[4]) Ebenso Stoll a.a.O., S. 140. a.A. Wiethölter a.a.O., S. 10, der ein Eingriffsrecht ablehnt und die Einwilligung als eine Art mittelbarer Selbstverletzung auffaßt.

b) So kommt eine rechtfertigende Einwilligung von vornherein nur in Betracht, wenn das in Frage stehende Rechtsgut zur Disposition des Verletzten steht. Wie § 216 StGB beweist, ist aber das Leben ein unverzichtbares Rechtsgut, in dessen Zerstörung nicht wirksam eingewilligt werden kann. Geht der Heileingriff demnach tödlich aus, kann dem Arzt eine Einwilligung jedenfalls nicht helfen. Das gilt in gleicher Weise für die Einwilligung in die Lebensgefährdung[1]).

Es bleibt also nur die Einwilligung in eine Körperverletzung, die aber auch nicht von großer Tragweite ist. Dies nicht wegen der Schranke des § 226 a, weil ein sachgerechter Heileingriff kaum gegen die guten Sitten verstoßen dürfte. Eine Einwilligung in eine Körperverletzung wird aber kaum vorkommen, weil der Patient die Verletzung ja ebenso wenig erwartet wie der Arzt. Auch eine Eventualeinwilligung erscheint nicht realistisch, weil wohl kein Patient, sozusagen hilfsweise, in eine Verletzung einwilligt, die nicht der Heilung dient.

c) Praktisch von Bedeutung ist also nur, ob die Einwilligung in die Risikohandlung zur Rechtfertigung der Verletzung führen kann. Diese Frage wird einmal in der Form bejaht, daß durch die Einwilligung sog. erlaubtes Risiko geschaffen wird, das seinerseits als Rechtfertigungsgrund angesehen wird[2]). Führt das riskante Handeln des Täters zu einem schädigenden Erfolg, "so kann die Tat durch Einwilligung in das Risiko gerechtfertigt sein"[2]). Eine Möglichkeit der Rechtfertigung ist aber auch ohne Bezug auf den "Rechtfertigungsgrund" des erlaubten Risikos zu bejahen. Denn die

---

[1]) Maurach AT § 28 I; BGH 7, 114

[2]) vgl. Schönke-Schröder § 59, 165; Welzel, 5. Auflage, S. 80

Einwilligung bezieht sich auf das Setzen der Erfolgsverursachung, mithin auf die Handlung des Täters und damit auch auf deren Erfolg; wer mit der gefahrbegründenden Handlung einverstanden ist, muß auch deren sämtliche Folgen auf sich nehmen[1]). Der Gegenstand der Einwilligung ist demnach nicht der erfolgreiche Eingriff - das Resultat der Operation steht nicht in der Hand des Arztes - sondern der sachgemäße[2]). Die Einwilligung kann damit den kunstgerechten Eingriff auch im Falle seines Mißlingens decken[3]).

2. Die Anforderungen an die Gültigkeit einer Einwilligung

Mit der so umrissenen Tragweite der Einwilligung in ärztliche Eingriffe ist noch nichts über die Anforderungen gesagt, denen die Einwilligung genügen muß, um wirksam zu sein.

a) Zunächst ist erforderlich, daß die Einwilligung irgendwie geäußert wurde und dem Arzt bekannt geworden ist[4]). Das bedeutet freilich nicht, daß sie im Sinne der älteren Rechtsgeschäftstheorie nach den Regeln der bürgerlich-rechtlichen Willenserklärung zugegangen sein müßte, denn das Strafrecht folgt eigenen Regeln. Der Täter muß aber wenigstens in Kenntnis der Einwilligung handeln, soll das für alle Rechtfertigungsgründe zu fordernde subjektive Rechtfertigungselement vor-

---

[1]) vgl. Mezger LK S. 336; Maurach AT § 43 II C; BayObLG NJW 68, 655; a.A. Eb. Schmidt, JZ 54, 369 f für Sportverletzungen

[2]) Bockelmann, Strafrecht des Arztes, S. 61

[3]) So Bockelmann, a.a.O., S. 61; mindestens mißverständlich aber S. 69, wo der mißlungene Eingriff einer Rechtfertigung durch Einwilligung für nicht zugänglich erachtet wird.

[4]) So die wohl herrschende "Erklärungstheorie"; vgl. statt vieler Schönke-Schröder § 51 Vorb. 41, u. BGHZ NJW 56, 1106

liegen[1]). Daher genügt der rein seelische Vorgang einer Rechtsgutspreisgabe entgegen der sog. Willensrichtungstheorie[2]) nicht, die Einwilligung muß wenigstens schlüssig zum Ausdruck gebracht sein[3]).

Die Einwilligung muß sodann mangelfrei sein, also dem wahren Willen des Patienten entsprechen und außerdem von Willensmängeln frei sein. Ein Irrtum des Kranken über den Inhalt seiner Erklärung schließt die Wirksamkeit der Einwilligung aus[4]), was natürlich bei einem Irrtum über das Motiv der Einwilligung, den glücklichen Ausgang des Eingriffs, nicht gelten kann. Klar ist ferner, daß das Einverständnis mit dem gerade in konkreto vorzunehmenden Eingriff bestehen muß und nur vom Verfügungsberechtigten über das betroffene Rechtsgut erklärt werden kann. [5])

Der Verletzte muß nicht bloß verfügungsberechtigt, er muß auch verfügungsfähig sein. Während im Zivilrecht hierfür überwiegend Geschäftsfähigkeit verlangt wird[6]), begnügt sich die h.M. im Strafrecht unter Hinweis auf dessen Eigenständigkeit schlechthin mit einer von Geschäftsfähigkeit und Alter unabhängigen konkreten Urteils- und Einsichtsfähigkeit des Einwilligenden[7]). Es genügt, wenn der Minderjährige - und entsprechend auch der Geisteskranke - die

---

[1]) vgl. dazu Maurach AT § 25 V B

[2]) So Mezger, LK S. 336 mit weiteren Nachweisen

[3]) Ebenso Bay ObLG 1960, S. 269

[4]) Bockelmann a.a.O., S. 55. Es muß sich aber immer um einen Irrtum über wesentliche Punkte der Operation handeln, wozu Schmerzen, Kosten und Dauer der Behandlung nicht gehören: Engisch, Operation, S. 1328

[5]) vgl. RGZ 163, 120; BGH Z 29, 46 ff

[6]) RGZ 68, 431; anders jetzt aber BGHZ 29, 33; vgl.a. Palandt, § 823 7 f

[7]) Schönke-Schröder § 51 Vorb. 35 f, jedoch unter Einschränkung auf höchstpersönliche Rechtsgüter, um die es aber bei Heileingriffen immer geht

Tragweite seiner Einwilligung erkennt und das Für und Wider abschätzen kann. Soweit diese Einsichtsfähigkeit fehlt, kann die Einwilligung vom gesetzlichen Vertreter im Rahmen des Personensorgerechts erteilt werden, weil man den Schwachsinnigen oder das Kleinkind ja nicht gut seinem Schicksal überlassen kann. Die Personensorge und gesetzliche Vertretung liegen in der Regel in einer Hand (vgl. § 1629 BGB); fallen sie ausnahmsweise auseinander (z.B. § 1630 BGB), so entscheidet der Inhaber des Sorgerechts, da er dem Unmündigen persönlich näher steht und daher über die Notwendigkeit eines Eingriffs die bessere Beurteilungsmöglichkeit hat[1]).

b) Eine wirkliche Entscheidung über die Behandlung kann der Einwilligungsberechtigte aber nur treffen, wenn er auch ihre Tragweite erfaßt, wenn er das Für und Wider in den wesentlichen Zügen verstanden hat. Eine wirksame Einwilligung setzt daher nicht zuletzt eine ärztliche Aufklärung über Art und Folgen der Behandlung voraus. Der Umfang dieser Aufklärungspflicht ist das wohl am meisten diskutierte Problem der rechtfertigenden Einwilligung[2]).

aa) Klar ist zunächst, daß der Arzt den Patienten über die Art des Eingriffs aufklären muß, den er vornehmen will. Streitig ist aber schon, ob er dabei auch den Befund mitteilen muß. Nach einer Auffassung ist dies generell nicht nötig,

---

[1]) So das strafrechtliche Schrifttum; vgl. Bockelmann, a.a.O., S. 56

[2]) Das Schrifttum dazu ist unübersehbar (vgl. dazu die Nachweise bei Bockelmann, a.a.O., S. 76). Die Darstellung der ärztlichen Aufklärungspflicht könnte dem Umfang nach Thema einer eigenen Arbeit sein; hier ist sie wegen der geringen praktischen Bedeutung der Einwilligung nur Randproblem. Die Behandlung kann sich daher auf wesentliche Punkte beschränken.

sofern der Patient auch so die Notwendigkeit des Eingriffs versteht[1]). Nach einer anderen muß auch über den Befund aufgeklärt werden, damit der Kranke eine wirklich autonome Entscheidung fällen kann[2]). Die richtige Lösung dürfte in der Mitte liegen; einerseits wäre es zuviel verlangt, dem Arzt die medizinisch richtige Diagnose mitteilen zu lassen, mit der ein Laie ohnehin nicht viel anfangen kann. Andererseits muß der Patient in etwa wissen, was ihm fehlt, um notfalls auch einen Spezialisten oder anderen Arzt zuziehen zu können. Vielleicht ist es wirklich so, daß man sich hinsichtlich des Umfangs und der Grenzen der Aufklärungspflicht weniger auf feste Regeln als vielmehr auf das ärztliche Standesethos verlassen muß[3]). Im übrigen ist "äußerste Individualisierung sowohl nach Eigenart des Patienten wie auch nach Besonderheit der Umstände am Platze"[3]).

bb) Das gilt auch für die Aufklärung über die Risiken einer Behandlung. Unstreitig ist hier, daß der Arzt über solche Risiken nicht aufzuklären braucht, die schlechthin mit jedem Eingriff verbunden sind (z.B. eine Embolie) oder denen jederzeit mit medizinischen Mitteln begegnet werden kann (z.B. bei einer während der Operation auftretenden Blutung)[4]). Selbstverständlich muß aber der Patient über die sicheren Folgen des Eingriffs aufgeklärt werden, wenn er sie nach Art und Umfang seiner Bildung nicht selbst abschätzen kann.

Eine Aufklärung ist ferner über bestimmte mögliche Nebenfolgen nötig, freilich nicht über alle. Die Abgrenzung

---

[1]) Grünwald, a.a.O., S. 141
[2]) vgl. OLG Stuttgart NJW 58, 262; RGSt 66, 181
[3]) So Engisch, Aufklärungspflicht, S. 40
[4]) Schönke-Schröder § 223, 16

liefert der Maßstab des "verständigen Patienten", auf dessen Aufklärungsbedürfnis abzustellen ist. Nebenfolgen und Risiken, die für sein Urteil ins Gewicht fallen können, müssen mitgeteilt werden, während Umstände, die für den Entschluß des Patienten ohne Bedeutung sind, nicht offenbart werden müssen. Dazu zählen einmal "Gefahren, die sich so selten verwirklichen und deren Hervortreten auch im Falle des betreffenden Patienten so wenig wahrscheinlich ist, daß sie bei einem verständigen Menschen in seiner Lage für den Entschluß, in die Behandlung einzuwilligen, nicht ernsthaft ins Gewicht fallen"[1]). Eine Aufklärung kann zum anderen auch entbehrlich sein, wenn die mögliche Nebenfolge im Verhältnis zum Erfolg der Behandlung ganz unbedeutend ist. Entscheidend ist also immer das Urteil des verständigen Patienten und nicht die Häufigkeit oder Typizität der Nebenfolge[2]). Diese ist nur ein Faktor dafür, ob die Nebenfolge ins Gewicht fällt.[3]) Ein anderer Faktor kann z.B. die Dringlichkeit sein, mit der die Operation indiziert ist. Denn ein verständiger Mensch nimmt das Risiko eines Eingriffs um so bereitwilliger auf sich, je nötiger er ist[4]).

Nun ist allerdings auch der Maßstab des "verständigen Menschen" nicht eindeutig. Die Rücksicht auf das Selbstbestimmungsrecht des Kranken kann verlangen, daß sein Wille gerade auch dann respektiert wird, wenn er nicht von "verständigen Motiven" getragen ist; das Selbstbestimmungsrecht ist

---

[1]) BGHZ NJW 63, 393

[2]) Anders noch das "Strahlenurteil" (BGHZ 29, 176) und das "Myomurteil" (BGH 11, 111), nach denen auf nicht äußerst selten auftretende Folgen immer hinzuweisen war, selbst wenn sie für einen verständigen Patienten nicht ins Gewicht fielen.

[3]) Grünwald, a.a.O., S. 144

[4]) Bockelmann, a.a.O., S. 59

nicht auf das Recht zur Wahl zwischen mehreren vernünftigen Möglichkeiten beschränkt. Läßt der Leidende merken, daß es ihm auf etwas an sich Unvernünftiges, aber ihm persönlich Wichtiges ankommt, dann muß daher der Arzt auch in dieser Richtung aufklären. Freilich kann es nicht Aufgabe des Arztes sein, den Patienten zu einer unvernünftigen Entscheidung hinzulenken, indem er ihn mit der Schilderung von möglichen Komplikationen, die ernsthaft nicht ins Gewicht fallen dürfen, von der Behandlung abschreckt[1]). Einem geäußerten "unvernünftigen" Begehren muß der Arzt aber nachgeben, weil auch er niemandem sein "Glück" aufzwingen darf.

Überhaupt darf unter einem "verständigen Patienten" nicht ein "Idealtyp" begriffen werden, der sich ja mit jedem indizierten Eingriff einverstanden erklären müßte, weil hier der Arzt die Interessen des Kranken bereits objektiv sachgemäß abgewogen hat. Der Arzt hat sich vielmehr die Frage vorzulegen, ob irgendein verständiger Patient mit laienhaftem Wissen über medizinische Dinge mit der gelieferten Aufklärung ein vernünftiges Urteil fällen kann, gleichgültig, ob er dann auch "vernünftig" entscheidet.

cc) Der so ermittelte Umfang der gebotenen Aufklärung steht immer unter einem wesentlichen Vorbehalt: die vollständige Aufklärung darf sich nicht aus medizinischen Gründen verbieten. Hatte noch das Reichsgericht[2]) in jedem Fall auf einer klaren und zutreffenden Aufklärung über Art und Folgen des Eingriffs bestanden, auch wenn damit die "Herabdrückung der Stimmung" oder sogar des Allgemeinbefindens verbunden war,

---

[1]) Grünwald, a.a.O., S. 144 f

[2]) z.B. RGZ 163, 129

so erkennt der BGH jetzt an, daß es Fälle geben kann, in denen wegen der Gefahr nicht wieder gutzumachender gesundheitlicher Schäden die Aufklärungspflicht entfällt[1]). Die Voraussetzungen an ein Entfallen der Aufklärungspflicht werden aber sehr eng gezogen. Eine Einschränkung der Aufklärung wird nur da anerkannt, wo besondere in der Persönlichkeit oder der psychischen Situation gerade dieses Patienten liegende Umstände eine ernste Gefahr für seine Gesundheit oder sein Leben erwarten lassen. Hingegen soll das Verschweigen nicht dadurch gerechtfertigt sein können, daß durch die Aufklärung generell eine Gefährdung zu befürchten ist, auch soll die Befürchtung einer seelischen Depression ohne gesundheitlichen Schaden nicht ausreichen[2]). Eine so enge und generelle Grenze wird sich nicht überall einhalten lassen; entscheidend muß immer die Verfassung des jeweiligen Patienten sein, dessen seelische Konstitution in ihrer mittelbaren Auswirkung für die Gesundung nicht unterschätzt werden darf. Die richtige Abwägung zwischen einer Beeinträchtigung des Selbstbestimmungsrechts und einer möglichen Gesundheitsgefahr ist eine Wertungsfrage, die der Arzt nach den Grundsätzen seiner Standesethik entscheiden muß. Diese schwierige Gewissensfrage sollte auch vom Richter durch eine nicht zu engherzige Handhabung der Aufklärungspflicht honoriert werden.

Zusammenfassend kann man mit den Worten des Alternativentwurfs feststellen, daß die Einwilligung nur wirksam ist, wenn über "Art, Tragweite und solche mögliche Folgen der Behandlung aufgeklärt worden ist, die für die Entscheidung

---

[1]) vgl. BGHZ 29, 46

[2]) vgl. Grünwald a.a.O., S. 149 f; BGHZ 29, 176 ff
Eine ausführliche Übersicht über die Rspr. findet sich bei Eb. Schmidt, Verhandlungen, S. 47 ff

eines verständigen Menschen ins Gewicht fallen können. Die Aufklärung kann unterbleiben, soweit sie die ernste Gefahr einer wesentlichen Beeinträchtigung der Gesundheit oder des seelischen Zustands begründen würde"[1]).

3. Die mutmaßliche Einwilligung

Es gibt auch Fälle, in denen der Arzt nicht lange fragen kann, ob er operieren darf, weil der Patient z.B. in bewußtlosem Zustand oder mit schweren Verletzungen eingeliefert wird. Hier rechtfertigt die "mutmaßliche Einwilligung" des Patienten den Eingriff[2]). Es ist allerdings nicht sicher, auf welchen Rechtsgrund sich ihre rechtfertigende Kraft stützt. Mezger[3]) sieht sie in der Gleichheit der Interessenlage mit der erklärten Einwilligung: "Wenn der Verletzte (nach objektivem richterlichen Urteil) bei Kenntnis der Sachlage eingewilligt hätte und diese wirklich erteilte Einwilligung wirksam gewesen wäre, so liegt kein Grund vor, die Wirkungen einer wirklich erteilten Einwilligung nicht eintreten zu lassen". Welzel[4]) dagegen will den primär rechtfertigenden Grund nicht in der generellen Preisgabe des Interesses durch den Verletzten, sondern im positiven Handeln in seinem Interesse erblicken. Nach seiner Auffassung liegt eine Kombination von Einwilligungsgesichtspunkten mit einer Interessenabwägung vor[5]). Beide Aspekte werden als zwei selbständige Gruppen betrachtet von Schönke-Schröder[6]) und

---

[1]) Alternativentwurf § 123 IV

[2]) gleichbedeutende Ausdrücke sind etwa "Geschäftsführung ohne Auftrag" oder "vermutete Einwilligung"

[3]) LK S. 339

[4]) 5. A., S. 76

[5]) Den Interessengesichtspunkt betonen auch Frank, III vor § 51 und Nagler, LK, S. 339

[6]) 42 vor § 51

Maurach[1]): bei der vermuteten Einwilligung liegt eine Interessenpreisgabe vor, während beim Tätigwerden im Interesse des Verletzten eine echte Güterkollision, aber mit Identität von Verletztem und Geschütztem vorliegt. Beiden Gruppen ist gemeinsam, daß mit einem hypothetischen Wahrscheinlichkeitsurteil festzustellen ist, welche Entscheidung der Geschäftsherr bei Kenntnis der Sachlage vernünftigerweise getroffen hätte.

Der unterschiedlichen Auffassung braucht nicht weiter nachgegangen zu werden, weil beim geschilderten Noteingriff beide Aspekte gegeben sein können. Es liegt hier eine Kombination von Einwilligungsgesichtspunkten mit materieller Rechtsbetrachtung vor: es muß einmal gefragt werden, ob sich der Patient angesichts der bestehenden Gesundheitsgefahr für oder gegen einen Eingriff ausgesprochen hätte; innerhalb dieser Interessenabwägung muß dann zusätzlich hypothetisch ermittelt werden, inwieweit Einverständnis mit dem Risiko des Eingriffs, letztlich also dessen Fehlschlag, bestanden hätte. Allein dieser komplizierte Vorgang der Willensermittlung zeigt, daß über das Vorliegen einer mutmaßlichen Einwilligung immer nur im konkreten Fall unter streng individueller Beurteilung des Patienten entschieden werden kann. Insgesamt dürfte dieser Rechtfertigungsgrund für den Arzt alles andere als eine beruhigende Situation schaffen, wenn der Richter nach einem Fehlschlag mit einem hypothetischen Wahrscheinlichkeitsurteil ermitteln muß, ob der nunmehr empörte Patient vor dem Eingriff und ohne Kenntnis vom schlechten Ausgang doch in die Risikohandlung eingewilligt hätte.

---

[1]) AT § 28 II

4. Ergebnis:

Zusammenfassend kann man feststellen, daß sowohl die erklärte wie die vermutete Einwilligung keine befriedigende Lösung für fehlgeschlagene Eingriffe erbringen können. Ohnehin nur bei sachgerechten Behandlungen denkbar (weil in einen Kunstfehler niemand einwilligt) ist der Anwendungsbereich auf Körperverletzungen begrenzt, in denen sich eine Risikohandlung mit Verletzungstendenz realisiert hat. Hier wiederum hängt die Rechtfertigung davon ab, inwieweit sich der Kranke durch Aufklärung seitens des Arztes des Risikos bewußt werden konnte und es in Kauf genommen hat.

II. Das erlaubte Risiko als eigenständiger Rechtfertigungsgrund

Wie schon mehrfach angedeutet, werden die Fälle der Heilbehandlungen vielfach als Anwendungsfall einer besonderen Lehre vom erlaubten Risiko angesehen. Dieses wiederum wird - ganz entsprechend wie die schon behandelte objektive Sorgfaltseinhaltung - auf allen Stufen des Verbrechensaufbaus angesiedelt, überwiegend aber als besonderer Rechtfertigungsgrund angesehen. Überall wird eine enge Beziehung zum generellen Sorgfaltsmaßstab der Fahrlässigkeitsdelikte anerkannt, zum Teil werden beide Begriffe identifiziert. Es ist daher primär das Verhältnis der beiden Kategorien, insbesondere die selbständige Bedeutung des erlaubten Risikos zu prüfen, da bei einer Verneinung der letzten Frage pauschal auf die Ausführungen zum objektiven Sorgfaltsmaßstab verwiesen werden kann.

1. Begriff und Anwendungsbereich des erlaubten Risikos

a) Den Begriff des erlaubten Risikos kann man ganz allgemein dahingehend umschreiben, daß dem Täter, der bei einer gefährlichen Handlung ein Rechtsgut verletzt, ein besonderer Strafausschlußgrund zur Verfügung steht, "wenn die betreffende Handlung nach Subjekt, Ziel und Mittel einem im Hinblick auf seinen sozialen Nutzen durch die Rechtsordnung gestatteten Tätigkeitskomplex angehört und bei ihrem Vollzug die rechtlich geforderten Vorsichtsmaßnahmen vorgekehrt wurden"[1]). Grundgedanke dieses Instituts ist die Erkenntnis, daß bestimmte gefährliche Verhaltensweisen nicht verboten sein können, weil sie für das soziale Zusammenleben unentbehrlich sind. Als Beispiele werden "gefährliche Betriebe"[2]) wie Bergwerke, Steinbrüche, die Schiffahrt, der Straßenverkehr, gefährliche Berufe (z.B. Krankenpflege,

---

[1]) Rehberg S. 51

[2]) Im weitesten und nicht gewerblichen Sinn verstanden

Grenzschutz, Polizei), Forschungsanstalten, Bauen, Dachdecken, Sprengen, sportliche Übungen und endlich auch der Heileingriff genannt[1]).

Anders als diese herrschende Grundauffassung verstehen Mezger-Blei und Jeschek den Begriff des erlaubten Risikos. Ausgehend von einem rein objektiv-absoluten Maßstab der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt unterstellen sie dem Rechtfertigungsgrund des "erlaubten Risikos" nur solche Ausnahmesituationen, in denen diesen absoluten Anforderungen nicht genügt werden konnte: "Die Innehaltung der unter diesen Umständen möglichen Sorgfalt (sollte) nicht den Tatbestand, sondern nach allgemeinen Regeln erst die Rechtswidrigkeit ausschließen"[2]).

b) Der Anwendungsbereich der Lehre vom erlaubten Risiko wird überwiegend auf Fahrlässigkeitsdelikte beschränkt. Begründet wird diese Einschränkung mit der engen Verbindung des erlaubten Risikos mit der Innehaltung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt. Es finden sich aber auch Stimmen, die dem erlaubten Risiko auch beim vorsätzlichen Delikt Bedeutung zukommen lassen[3]). Dieser Aspekt der Lehre ist aber für fehlgeschlagene Heileingriffe ohne Bedeutung und soll daher hier nicht näher untersucht werden.

---

[1]) vgl. die Nachweise bei Mezger LK S. 243; Schönke-Schröder Anm. 49 vor § 51

[2]) Mezger-Blei StuB I, S. 218; vgl. Jeschek AT S. 392

[3]) vgl. H. Mayer AT S. 186 ff; Nowakowski JZ 58, 390; Schönke-Schröder Anm. 49 vor § 51; Schaffstein S. 373

2. Die Begründung der Lehre

a) Die Begründung der herrschenden Lehre läßt sich unabhängig vom Standort des Problems insofern zusammenfassen, als aus der Gestattung bzw. Erlaubtheit der gefährlichen Handlung, also aus dem fehlenden Handlungsunwert auch auf die Erlaubtheit der Schädigung geschlossen wird, sofern die Gefährdung vorsichtig ausgeübt wird. Diese Begründung ist vorherrschend bei der Lehre, die das erlaubte Risiko als Schuldausschließungsgrund ansieht[1]), wie bei der Richtung, die es in den Tatbestand einordnet[2]). Charakteristisch ist bei allen diesen Meinungen die Behandlung im Rahmen des objektiven Maßstabs der Fahrlässigkeit, auch wenn dem erlaubten Risiko eine selbständige Bedeutung eingeräumt wird. Die Argumentationen decken sich auch durchweg mit denen, die zur Einordnung des objektiven Sorgfaltsmaßstabes herangezogen werden; insoweit kann auf die obige Darstellung[3]), auch hinsichtlich weiterer Nachweise verwiesen werden. Die Konsequenz aus dieser Situation hat Maurach gezogen, der den generellen Sorgfaltsmaßstab als erlaubtes Risiko bezeichnet, beide Kategorien also identifiziert und sie im Rahmen der Tatverantwortung behandelt[4]).

b) Das zweite Kernstück, das aus den Begründungen einer Lehre vom erlaubten Risiko herausgeschält werden kann, besteht in der sozialen Nützlichkeit und Unentbehrlichkeit der Risikohandlung, die gegenüber der Größe und Nähe der Gefahr für ein bestimmtes Rechtsgut abzuwägen ist. Diese

---

[1]) So Hippel StR Bd. II S. 361 f; Frank § 59 VIII

[2]) Welzel, Fahrlässigkeit S. 7ff; Engisch, Unrechtstatbestand, S. 418 f; Niese, Finalität S. 60 ff; Nowakowski . JZ 58, 390

3) vgl. oben, 2. Abschnitt d.A.

[4]) vgl. AT § 43 II

Notwendigkeit einer Interessenabwägung ist kennzeichnend für alle Vertreter, die im erlaubten Risiko einen besonderen Rechtfertigungsgrund sehen. Ansätze dazu finden sich schon bei Binding[1]), der die Statthaftigkeit des Risikos vom Maß seiner Unentbehrlichkeit abhängig macht. Auch nach Torp[2]) bemißt sich die Rechtswidrigkeit einer gefährlichen Handlung und einer von ihr verursachten Schädigung nach ihrer Nützlichkeit oder Notwendigkeit. Exner wägt die Grösse der Gefährdung mit dem verfolgten Zweck ab[3]). Dohna schließlich sieht im erlaubten Risiko einen Unterfall seiner Lehre vom "rechten Mittel zum rechten Zweck"[4]). Von den neueren Autoren vertritt den Güterabwägungsgedanken insbesondere H. Mayer, der eine Risikohandlung "um eines anerkannten Produktions- oder Verkehrsinteresses willen in Kauf nimmt"[5]). Auch Gallas sieht ein Merkmal des erlaubten Risikos in einer Interessenkollision[6]). Insgesamt divergieren freilich die Vorstellungen über die abzuwägenden Interessen. So werden auf der einen Seite oft Zweck oder Wert der Handlung genannt, ihre Unentbehrlichkeit, ihre Üblichkeit, Umfang und Wahrscheinlichkeit des erstrebten Zwecks oder die Möglichkeit, das verfolgte Interesse ohne oder mit geringerer Gefährdung zu erreichen. Auf der anderen Seite sollen vielfach der Wert des gefährdeten Rechtsguts, Wahrscheinlichkeit und Umfang der Rechtsgutsverletzung, daneben aber auch die Unvermeidbarkeit der Gefahr oder die Möglichkeit der Wiedergutmachung des Schadens maßgebend sein[7]).

---

[1]) Normen IV S. 440 ff
[2]) ZStW 23, 100
[3]) Fahrlässigkeit, S. 193 ff
[4]) ZStW 32, 327
[5]) StuB, S. 91; AT S. 186 ff
[6]) ZStW 67, 21; Weitere Nachweise bei Meckel, a.a.O., S. 50
[7]) vgl. Rehberg, a.a.O., S. 47 f mit Nachweisen

3. Stellungnahme

a) Die Werthaftigkeit der Handlung

Untersucht man diese Kernsätze zur Rechtfertigung einer besonderen Lehre vom erlaubten Risiko kritisch, so ergibt sich, daß sich aus der Rechtmäßigkeit und Werthaftigkeit der Risikohandlung für die Berechtigung einer eigenen Lehre jedenfalls nichts herleiten läßt. Wie oben nachgewiesen wurde[1]), kann innerhalb des Aufbaus fahrlässiger Verletzungsdelikte die Werthaftigkeit einer Handlung nur im Raum zwischen Unrecht und Schuld Berücksichtigung finden, sofern nicht zusätzliche Merkmale ihr den Charakter einer Gegennorm des Dürfens verleihen. Ist nun das entscheidende Merkmal des erlaubten Risikos, daß seine Einhaltung die im Verkehr erforderliche Sorgfalt nicht verletzt[2]), so kann der Standort dieses Instituts ebenfalls nur innerhalb der Tatverantwortung sein. Damit soll freilich nicht die Sonderstellung verkannt werden, die Fälle des erlaubten Risikos innerhalb dieser Zurechnungsstufe einnehmen können. Es ist klar, daß die Einhaltung der erforderlichen Sorgfalt etwa zur Sicherung einer Straßenaufgrabung von einer anderen Dimension ist, als die beim Heileingriff anzuwendende. Andererseits umfassen auch die geltend gemachten Fälle eines erlaubten Risikos so heterogene Verhaltensweisen wie Dachdecken und die Vornahme einer Herzoperation. Die Gemeinsamkeit beider Risikohandlungen liegt allenfals in ihrer Notwendigkeit, die aber eine selbständige Lehre vom erlaubten Risiko nicht zu rechtfertigen vermag. Sieht man demnach das Kriterium dieser Lehre im fehlenden Handlungsunwert, so kann es allenfalls angehen, innerhalb der Tatverantwortung gewisse

---

[1]) 2. Abschnitt d.A.

[2]) So z.B. Nowakowski JZ 58, 390; Engisch, Untersuchungen, S. 291 f

Gruppierungen von schadensgeneigten Verhaltensweisen nach ihrer Nützlichkeit und Unentbehrlichkeit vorzunehmen und sie mit dem Namen "erlaubtes Risiko" zu belegen. Ein sachlicher Unterschied zu anderen Fällen von sorgfaltsgemäßen Handlungen besteht jedoch nicht. Das gilt auch für die Auffassung von Jeschek und Blei[1]), deren Sonderbehandlung des erlaubten Risikos nur auf einer - m.E. unnötigen - Verabsolutierung des Sorgfaltsmaßstabes beruht.

b) Die Interessenabwägung

Es bleibt zu untersuchen, ob sich eine derartige Sonderbehandlung aus der von Blei für Notsituationen hervorgehobenen aber auch von anderen Befürwortern eines rechtfertigenden Risikos herangezogenen Interessenkollision motivieren läßt.

aa) Vorweg muß festgestellt werden, daß diese sich auf die Unentbehrlichkeit, Üblichkeit oder Nützlichkeit der Risikohandlung stützende Abwägung der Interessen auf schwachen Füßen steht. Denn es ist ganz und gar unklar, inwieweit sich aus diesen Prädikaten eine Risikoerlaubnis ergeben soll, d.h. welche Risiken nun erlaubt sein sollen. Sicherlich sind das Bergwerk und der Grenzschutz, die Krankenpflege und der Flugverkehr, sportliche Übungen und der Betrieb eines Steinbruchs nützlich, üblich und wohl auch unentbehrlich. Diese Gegenüberstellung zeigt aber, daß Notwendigkeit und Nützlichkeit bei ganz verschiedenartigen Verhaltensweisen vorliegen, die auch in ihrem sozialen Wert differieren; sie zeigt weiter, daß sich eine Abgrenzung eigentlich nur im Oberbegriff der schadensgeneigten Handlung finden läßt und

[1]) Jeschek AT S. 392; Mezger-Blei StuB I S. 218

daher zur Begründung einer eigenen Lehre ungeeignet ist. Denn welches Verhalten in einer Gemeinschaft ist nicht nützlich und notwendig; wer das Dachdecken als erlaubtes Risiko ansieht, muß es auch für alle Sportarten, die Jagdausübung, alle Arten von baulicher Tätigkeit, für chemische Betriebe, Kraftwerke usw. anerkennen, ja kurz für alle Tätigkeiten, bei denen sich statistisch auch bei sorgfältiger Vornahme eine Schädigung Dritter ausrechnen läßt. Denn alle diese Handlungsweisen sind für das soziale Zusammenleben notwendig und üblich. Allein mit dieser Notwendigkeit und Nützlichkeit ist also noch keine Basis für eine Abwägung geschaffen[1]). Aber auch mit der allgemeinen Feststellung, es müsse sich bei dem betreffenden Tätigkeitskomplex um "übergeordnete Interessen" wie die am "ungestörten Ablauf und an der vernünftigen Fortentwicklung sozial notwendiger Lebensäusserungen" oder an der "Handlungs- und Bewegungsfreiheit"[2]) an sich handeln, ist nichts gewonnen.Diese Formel bleibt erst recht die Antwort darauf schuldig, welche der unzähligen gelebten Risiken nun erlaubt sein sollen. Es zeigt sich, daß bei konsequenter Durchführung des Gedankens kaum eine menschliche Handlung denkbar ist, die nicht zumindest unter außergewöhnlichen Umständen für andere gefährlich werden könnte[3]) und daß ebenfalls nahezu jede dieser Verhaltensweisen einem Komplex angehört, dessen Funktionsfähigkeit "übergeordneten Interessen" dient.

bb) Daß auf der anderen Seite der Abwägung nicht die vollendete Rechtsgutsverletzung stehen kann, ist unter den Vertretern einer Lehre vom erlaubten Risiko anerkannt. Es ist klar, daß die Beeinträchtigung der körperlichen Integrität,

---

[1]) Insoweit übereinstimmend Meckel, S. 84

[2]) So Meckel a.a.O., S. 62 f unter Berufung auf Münzberg a.a.O., S. 275

[3]) Kienapfel a.a.O., S. 15

mindestens aber die Tötung eines Menschen durch keinerlei soziale Werte der sie bewirkenden Handlung aufgewogen werden kann[1]). Denn Kollektivwerte können letztlich nur zum Wohl des dem Kollektiv angehörenden Individuums bestehen und das Leben bildet die Grundvoraussetzung aller sozialen Werte. Deshalb kann gegenüber der Notwendigkeit und dem Zweck einer Handlung nicht die Körperverletzung oder die Tötung eines Menschen in die Waagschale geworfen werden, sondern allenfalls eine Rechtsgutsgefährdung.

Gegenüber dieser zweiten Komponente der Abwägung muß jedoch eingewendet werden, daß sie ebenso unbestimmbar ist, wie die erste. Fehlt für die Notwendigkeit und Nützlichkeit der riskanten Verhaltensweise ein sicheres Kriterium, so läßt es sich auch für den Umfang der erlaubten Gefährdung nicht finden. Schon generell ist unklar, welcher Prozentsatz einer wohl durch Wahrscheinlichkeitsrechnung zu ermittelnden Schadenserwartung vom Recht noch hingenommen wird. Man kann diese Obergrenze des Risikos nicht definieren, sondern allenfalls an Beispielsfällen belegen[2]). Die noch zulässige Rechtsgutsgefährdung läßt sich zudem gar nicht generell nach dem durchschnittlichen Risiko eines Verhaltenskomplexes bemessen; denn die Gefahrengröße ist nicht notwendig konstant, sondern zeit- und situationsbezogen. Den Betrieb eines Flughafens wird man allgemein als "erlaubtes Risiko" ansehen können; bis zu welcher Dichte der An- und Abflüge und bei welcher Besiedelungsstärke um das Flughafengelände herum die Abwägung für den notwendigen Betrieb und gegen die auch bei allen denkbaren Sicherheitsvorkehrungen steigende Gefährdung ausfällt, ist aber ungewiß.

---

[1]) Rehberg, S. 156

[2]) vgl. Kienapfel, S. 9

cc) Betrachtet man nun die gesamte Bandbreite, die in der Relation der Notwendigkeit eines Risikos zu den möglichen Gefährdungen besteht, so verliert sich jede begriffliche Schärfe, die einen Rechtfertigungsgrund eigentlich auszeichnen sollte. Will man sich nicht auf eine kasuistische Aufzählung von bislang anerkannten Risikosituationen beschränken, bleibt eigentlich nur übrig, die möglichen Fälle eines erlaubten Risikos auf den gemeinsamen Nenner zu bringen, den schon Dohna mit seiner "Zwecktheorie"[1]) gezogen hat. Nur kann auch dem Satz vom "angemessenen Mittel zur Erreichung eines rechtlich gebilligten Zwecks" keine eigenständige Bedeutung für eine Haftungseingrenzung zugebilligt werden. Denn dieses Prizip ist eigentlich nur Zusammenfassung aller Rechtfertigungsgründe und kann wegen seiner Allgemeinheit "kaum mehr als ein wohl selbstverständliches Hilfsmittel bei Auslegung der Rechtfertigungsgründe, lediglich ein regulatives Prinzip darstellen"[2]). Eine Aufstufung dieses oder ähnlicher Abwägungsgesichtspunkte zum Rechtfertigungsgrund widerspricht den maßgeblichen Strukturprinzipien der Rechtfertigungskategorie[3]). Denn derartige Generalklauseln würden in letzter Konsequenz die bestehenden profilierten Rechtfertigungsgründe als unselbständige Ausprägungen dieser übergeordneten Gedanken erscheinen lassen und damit den schon mehrfach geäußerten rechtsstaatlichen Bedenken begegnen[4]).

Es ist also festzustellen, daß eine vorzunehmende Interessenabwägung das "erlaubte Risiko" zwar insofern gegen-

---

[1]) Rechtswidrigkeit,S. 48

[2]) Maurach AT § 25 III

[3]) vgl. Kienapfel, S. 20

[4]) Deshalb ist auch die Behandlung des mißglückten Heileingriffs durch Oehler, a.a.O. S. 168, abzulehnen: Der Heilzweck soll "im Rahmen des wahren Interesses des Patienten für sich die Rechtfertigung nach dem Grundsatz des richtigen Mittels zum richtigen Zweck" bilden.

über einem sonst objektiv sorgfältigen Verhalten profiliert, als nicht nur der Unwert der Handlung fehlt, sondern vielmehr ein gewisser Handlungswert besteht. Diese Werthaftigkeit genügt aber m.E. nicht, Fälle eines erlaubten Risikos von anderen objektiv sorgfaltsgemäßen Handlungen abzuheben und sie als Rechtfertigungsgrund einzustufen.

c) Die Relation zum Erfolg

Abgesehen davon, daß das "erlaubte Risiko" demnach wegen seiner begrifflichen Unschärfe schon wesensmäßig keinen Rechtfertigungsgrund abgeben kann, ist auch unklar, inwiefern eine Rechtfertigung des eingetretenen Erfolgs bestehen soll, wenn eine Wertabwägung doch nur zwischen der Notwendigkeit des Risikos und der Gefährdung stattfinden soll. Die Antwort darauf, wie sich die Erlaubnis zur Gefährdung in eine Erlaubnis zur Verletzung umsetzen soll, ist die Lehre vom erlaubten Risiko schuldig geblieben. Es ist schon ausgeführt worden, daß Kennzeichen eines Rechtfertigungsgrundes die Aufhebung des Erfolgsunwerts einer Handlung ist. Inwieweit das sachgemäß gelaufene Risiko dieser Funktion einer Gegennorm gerecht werden kann, bleibt unbewiesen, wenn doch eine Wertrelation nur zur Gefährdung besteht und eine solche zum eingetretenen Erfolg abgelehnt werden muß. Es bleibt nur, diese transformatorische Wirkung der Handlungsqualität als solcher zuzubilligen, die das im eingetretenen Erfolg liegende Unwerturteil entkräftet. Damit hat auch die von Vertretern einer eigenen Lehre vom erlaubten Risiko angeführte Interessenabwägung nicht über die Ausgangslage hinausführen können; denn daß eine Handlungsqualität systematisch richtig nur als Zwischenglied zwischen Unrecht und Schuld, also in der Tatverantwortung, berücksichtigt werden kann, wurde bereits oben nachgewiesen.

Innerhalb der Zurechnungsstufe "Tatverantwortung" kann man dem Gedanken des "erlaubten Risikos" nur insofern eine Sonderstellung zuweisen, als es das Maß der objektiv gebotenen Sorgfalt mitbestimmt. Es wurde schon angeführt, daß sich der Umfang der Sorgfaltspflicht auch nach dem sozialen Wert und der sozialen Oblichkeit des Risikos richtet[1]). Je höher der Wert des riskanten Unternehmens für den sozialen Fortschritt ist, umso weniger ist eine Oberspannung der Sorgfaltspflicht gerechtfertigt[2]). Auch bei der Bemessung dessen, was die lex artis vom Arzt verlangt, wurde gefunden, daß mit dem Wert und der Notwendigkeit der Operation auch das Risiko steigt, das der Arzt eingehen darf. Das "erlaubte Risiko" mag dafür ein allgemeiner Auslegungsgesichtspunkt und Einteilungsfaktor sein, jedoch nicht mehr.

4. Ergebnis:

Der Begriff des erlaubten Risikos hat sich als eigenständige Rechtfertigungskategorie für ungeeignet erwiesen. Es handelt sich um eine Generalklausel, die sich nicht definieren, sondern allenfalls durch Beispielsfälle ausfüllen läßt[3]). Es bedarf einer derartigen Generalklausel auch nicht, weil sich die behaupteten Fälle eines "erlaubten Risikos" als Sonderfälle eines Tatverantwortungsausschlusses durch Einhaltung der gebotenen generellen Sorgfalt darstellen. Das "erlaubte Risiko" ist daher nur eine Bezeichnung[4]) für sozial wertvolle Handlungsweisen innerhalb der

---

[1]) vgl. Maurach AT § 44 II B 1

[2]) vgl. BGH 7, 115

[3]) Kienapfel, S. 9

[4]) Ähnlich Wiethölter, Rechtfertigungsgrund, S. 57 und Kienapfel, a.a.O., S. 28

Tatverantwortung und kann neben dieser Funktion als Ordnungsbegriff nur als Auslegungskriterium für die Bemessung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt dienen. Als eigener Rechtfertigungsgrund wie überhaupt als besondere Lehre ist es weder notwendig noch zweckmäßig[1]). Für die Lösung der fehlgeschlagenen Heileingriffe, die in die Gruppierung der erlaubten "Risikofälle" gehören, läßt sich daher aus dieser Lehre nichts herleiten.

---

[1]) Zu diesem Ergebnis kommen auch die eingehenden Untersuchungen von Rehberg; (vgl. S. 239)

III. Die Lehre von der sozialen Adäquanz

Die verschiedenen Ausprägungen, die Welzel seiner Lehre von der sozialen Adäquanz gegeben hat, sind bereits dargestellt worden. Es wurde auch gezeigt, daß die gegenwärtig von Welzel vertretene Variante vom Tatbestandsausschluß durch sozialadäquates und daher nicht sorgfaltswidriges Verhalten[1]) mit der Systematik der fahrlässigen Verletzungsdelikte nicht in Einklang zu bringen ist. Es bleibt zu fragen, ob die "soziale Adäquanz" ein eigenständiger Rechtfertigungsgrund sein kann.

1. Begriff und Anwendungsbereich der Lehre

Nach Welzel sind Handlungen sozialadäquat, wenn sie "sich völlig innerhalb des Rahmens der geschichtlich gewordenen sozialethischen Ordnung des Gemeinschaftslebens bewegen und von ihr gestattet werden"[1]). Der Gedanke taucht in verschiedenen Ausprägungen auf, die von Welzel zu verschiedenen Zeiten und in verschiedener Kombination verwendet wurden und jeweils verschiedene Anhänger gefunden haben[2]). Für den fehlgeschlagenen Heileingriff bedeutsam ist die schon behandelte Verwendung im Rahmen der als Innehaltung des sozialadäquaten Maßes an Rechtsgütergefährdung verstandenen objektiven Sorgfalt und die Behandlung als der "in der sozialethischen Ordnung des Gemeinschaftslebens wurzelnde (gewohnheitsrechtliche) Rechtfertigungsgrund tatbestandsmäßigen Verhaltens"[3]).

---

[1]) Welzel LB 11. A., S. 55 ff
[2]) vgl. die Nachweise oben 2. Abschnitt, 2. Unterabschnitt
[3]) 5. A., S. 69

2. Das Verhältnis zum "erlaubten Risiko"

Das Verhältnis dieses "Rechtfertigungsgrundes" zum "erlaubten Risiko" läßt sich am ehesten mit zwei sich schneidenden Kreisen symbolisieren, soweit sich wegen der Unbestimmtheit beider Begriffe überhaupt eine Abgrenzung finden läßt. Einerseits dürfte der Begriff der sozialen Adäquanz enger sein, als das "erlaubte Risiko", weil die Formel einer geschichtlich gewordenen sozialethischen Ordnung die Zulassung neuartiger Gefahren nicht erklärt[1]). Andererseits ist sie aber weiter, weil nicht nur nützliche oder notwendige Risiken, sondern auch lediglich übliche Gefahren erfaßt werden[2]). Insofern hat Welzel recht, wenn er das "erlaubte Risiko" nur als Unterfall der sozial-adäquaten Gefährdung ansieht[3]).

3. Die Bedeutung der Lehre

Aus diesem engen Verhältnis zum "erlaubten Risiko" folgt, daß die gegen diese Lehre angeführten Argumente eigentlich pauschal auch gegen einen Rechtfertigungsgrund der "Sozialen Adäquanz" ins Feld geführt werden können. Auch hier ist ein Haupteinwand, daß der verwendete Begriff zu unbestimmt, sein Verhältnis zum erlaubten Risiko, zu Tatbestandsmäßigkeit und Rechtswidrigkeit ungeklärt ist[4]). Es ist unklar,

---

[1]) Ebenso Deutsch, Fahrlässigkeit, S. 244

[2]) was freilich nach weiter Auslegung des "erlaubten Risikos" auch möglich ist.

[3]) Neues Bild, a.a.O., S. 25

[4]) vgl. Wiethölter, S. 56 f

nach welchen Grundsätzen sich die sozialethische Ordnung bildet, worauf der Zweck staatlich geordneten Zusammenlebens gerichtet ist[1]). Was übrig bleibt, ist wiederum nur eine Generalklausel, die profilierte Rechtfertigungsgründe derogiert und die weitgehend mit der "Zwecktheorie" Dohnas gleichzusetzen ist. Aber auch in dieser Form ist sie nicht haltbar, weil sie die Aufhebung des Erfolgsunwerts nicht begründen kann. Damit stellen sich die Probleme der Einordnung der "im Verkehr erforderlichen Sorgfalt" im Gewand der "Sozialadäquanz" nur erneut, ohne aber einer Lösung nähergebracht zu werden[1]). Jedenfalls beim Fahrlässigkeitsdelikt kann daher die soziale Adäquanz nur mit der generellen Sorgfaltseinhaltung gleichgesetzt werden[2]) und daher wie diese nur innerhalb der Tatverantwortung zum Tragen kommen.

Der Anwendungsbereich der "Sozialen Adäquanz" beschränkt sich demnach auf die Auslegung von Tatbestandsmerkmalen, wofür sie im Einzelfall wertvoller Auslegungsgrundsatz sein kann, aber als generelle Regel keine Bedeutung hat[3]).

---

[1]) Deutsch, S. 247

[2]) So verfährt ja auch die neuere Lehre Welzels; ebenso auch Hirsch für den Heileingriff (ZStW 74, S. 106)

[3]) Ebenso Mezger, LK S. 343

IV. Der Rechtfertigungsgrund des verkehrsrichtigen Verhaltens

Aus dem Gesagten ergibt sich zugleich, daß auch das "verkehrsrichtige Verhalten" kein Rechtfertigungsgrund sui generis sein kann. Die vom BGH [1]) offengelassene Frage, ob ein ordnungsgemäßes Verhalten im Rahmen der Fahrlässigkeitsdelikte allgemein das Unrecht ausschließen könne, wurde schon verneint. Einem eigenständigen Rechtfertigungsgrund stehen aber dieselben Bedenken entgegen, die schon gegen die Lehren vom erlaubten Risiko und der Sozialadäquanz angeführt wurden.

Ein allgemeingültiger Rechtfertigungsgrund läßt sich aus dem zitierten Bundesgerichtshofurteil auch gar nicht herleiten. Denn der behauptete eigenständige Rechtfertigungsgrund stützt sich im wesentlichen auf die Zulassung und Regelung des Verkehrs durch die einschlägigen Verkehrsordnungen. Er ist in dieser Form[2]) nicht auf Heileingriffe übertragbar, da hier die lex artis keine derartigen "Verkehrsregeln" aufstellt; eine Verallgemeinerung müßte aber wiederum auf das schon behandelte Problem der Bedeutung des Handlungswertes im Aufbau der fahrlässigen Verletzungsdelikte zurückführen. Das verkehrsrichtige Verhalten ist insoweit nur ein weiterer Ausschnitt aus dem Bereich sozialadäquater und daher objektiv sorgfältiger Verhaltensweisen, die innerhalb der Tatverantwortung angesiedelt sind.

---

[1]) BGH Z 24, 21 ff

[2]) Dagegen z.B. Stoll, JZ 58, 137 ff; Wiethölter, a.a.O., S. 11; Weimar JuS 62, S. 136; May, NJW 58, 1262

4. Abschnitt: Ergebnis und Schlußfolgerungen

1.) Die vorliegende Arbeit hat gezeigt, daß sachgemäß vorgenommene aber fehlgeschlagene Heileingriffe unter den Gesichtspunkten der fahrlässigen Körperverletzung oder Tötung zu beurteilen sind und nicht schon begrifflich aus diesen Tatbeständen ausgeschieden werden können. Allen Versuchen einer teleologischen Reduktion der einschlägigen Tatbestände insgesamt oder auch einzelner Merkmale in ihnen haftet der Mangel einer Zweckkonstruktion an, welche die Grenzen rechtsstaatlich vertretbarer Auslegung überschreitet und auch mit der Erfolgsbezogenheit des fahrlässigen Verletzungsdelikts unvereinbar ist. Ebensowenig ist die Konstruktion einer unterlassenen Heilung brauchbar, die jedes Fahrlässigkeitsdelikt in ein Unterlassungsdelikt umdeuten müßte.

Nachdem sich auch eine Kausalitätsbetrachtung zur Ausscheidung wenigstens inadäquater ärztlicher Fehlschläge als ungeeignet erwiesen hat, war eine allgemeingültige Lösung ärztlicher Heileingriffe nur durch die Dogmatik der Fahrlässigkeitsdelikte zu erzielen. Es wurde gezeigt, daß ein lege artis vorgenommener Heileingriff immer zugleich auch dem objektiven Sorgfaltsmaßstab gerecht wird und daß dieser wiederum nur zwischen Rechtswidrigkeits- und Schuldbetrachtung behandelt werden kann, einer Zurechnungsstufe, die man mit Tatverantwortung bezeichnen mag. Mit dieser Einordnung ist den Bedürfnissen des behandelnden Arztes Rechnung getragen, der von jedem Verdacht einer schuldhaften Handlung verschont bleibt; es wird aber andererseits das unsinnige

Ergebnis einer rechtmäßigen Tötung bzw. eines subjektiven Rechts auf Mißerfolg vermieden, das weder der Bemühung des Arztes gerecht wird noch dem Patienten behagen kann.

Die Untersuchung hat weiter erbracht, daß neben dem bei allen sachgemäßen Eingriffen eintretenden Tatverantwortungsausschluß Rechtfertigungsgründe nur von beschränkter Bedeutung sind. Eine beim Heileingriff allein mögliche rechtfertigende Einwilligung ist von geringer praktischer Tragweite, weil sie die bewußte Inkaufnahme eines Mißerfolgs infolge einer riskanten Operation verlangt. Eine mutmaßliche Einwilligung kann nur unter den Voraussetzungen der erklärten Einwilligung in Notfällen oder bei medizinisch unvertretbarer Aufklärung des Patienten angenommen werden.

2.) Die Betrachtung der historischen und der gegenwärtigen Reformbestrebungen hat für den fehlgeschlagenen Eingriff keinen Lösungsweg aufzeigen können. Auch der jüngste Reformvorschlag kann nur das nie fraglich gewesene Ergebnis der Straflosigkeit sicherstellen, womit freilich auch die vielgewünschte optische Abhebung des Arztes vom Messerstecher erreicht ist. Es bleibt zu fragen, ob es darüber hinaus wünschenswert wäre, nicht nur das Ergebnis, sondern auch die Lösungsmethode gesetzlich vorzuschreiben. Diese Frage muß m.E. verneint werden; einmal könnte etwa eine Normierung im Sinne des herrschenden Unrechtsausschlusses auch keinen dogmatischen "Frieden" schaffen, weil die Frage offenbliebe, worauf der Unrechtsausschluß nun beruht und ob nicht doch schon in bestimmten

Fällen der Tatbestand auszuschließen ist. Zum anderen - und das ist der Haupteinwand - müßte eine Entscheidung des Gesetzgebers eine Präjudizierung von Fahrlässigkeitsproblemen bedeuten, die - wie die Arbeit gezeigt hat - keineswegs ausgetragen sind und in ihrer Bedeutung weit über Heileingriffe hinausgehen. Es ist daher der Begründung des Entwurfs 1962 beizupflichten, daß die Beantwortung der Frage Wissenschaft und Rechtsprechung überlassen bleiben sollte[1]).

Zu dieser Klärung einen Beitrag zu leisten, war Aufgabe dieser Arbeit.

---

[1]) a.a.O., S. 291 - eine Auffassung, die schon Wach 1908 vertreten hat (a.a.O., S. 15).

Lebenslauf

Ich wurde am 16. Juli 1942 in München geboren, als einziger Sohn des 1941 in Rußland gefallenen Staatsanwalts Dr. Fritz Goller und seiner Frau Else, geb. Rott.

Nach fünfjähriger Volksschulzeit besuchte ich vom 3. September 1953 an das humanistische Gymnasium in München-Pasing, wo ich im Juni 1962 die Reifeprüfung ablegte.

Anschließend nahm ich an der Universität München das Studium der Rechte auf, das ich nach neun Semestern mit der ersten juristischen Staatsprüfung im Termin 1967/I abschloß.

Vom 23.8.1967 an war ich Rechtsreferendar in München und Starnberg. Am 19. Februar 1971 bestand ich im Termin 1970/II die zweite juristische Staatsprüfung.

Gegenwärtig bin ich als Staatsanwalt im Bayerischen Staatsministerium der Justiz tätig.